

REVISTA

TRF 3ª REGIÃO Nov.-Dez./2010 - nº 104

JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

I - FEITOS DA PRESIDÊNCIA	4
II - FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA	19
III - DECISÕES MONOCRÁTICAS	40
IV - JURISPRUDÊNCIA	
Agravado	91
Agravado de Instrumento	163
Agravado Regimental	173
Apelação Cível	180
Apelação Criminal	455
Conflito de Competência	495
Embargos de Declaração	510
“Habeas Corpus”	552
Reexame Necessário Cível	620
Revisão Criminal	653
V - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO	681
VI - SIGLAS	690
VII - ÍNDICE SISTEMÁTICO	714
VIII - EXPEDIENTE	718

FEITOS DA PRESIDÊNCIA

**SUSPENSÃO DE LIMINAR
OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0022828-19.2010.4.03.0000
(2010.03.00.022828-2)**

Requerente: UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE LINS - SP

Interessada: SIMONE MACIEL SAQUETO

Classe do Processo: SLAT 2913

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/09/2010

DECISÃO

Trata-se de suspensão de tutela antecipada, por meio da qual a UNIÃO pleiteia a suspensão da sentença proferida pelo MM. Juizado Especial Federal Cível de Lins/SP, nos autos da ação ordinária nº 2007.63.19.004347-7, ajuizada por SIMONE MACIEL SAQUETO, que reconheceu que o período de estágio probatório ao qual a autora se submete é de dois anos, e condenou a União a promover a autora para a primeira categoria da carreira de procurador federal desde 01 de setembro de 2002, computando desde esta data seu tempo de serviço na 1ª categoria para todos os efeitos, inclusive a progressão horizontal e determinou, ainda, o pagamento de todas as diferenças resultantes em seus vencimentos, inclusive sobre décimo-terceiro e terço de férias, atualizadas monetariamente pelo IPCA.

Aduz a União, em síntese, que a decisão atacada causa lesão à economia pública e afronta a vinculativa ADC nº 04 e os artigos 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/97, o artigo 100 da Constituição Federal, bem como a orientação jurisprudencial dos Tribunais superiores.

Requer, por fim, o deferimento do pedido de suspensão, com fundamento no art. 1º da Lei nº 9.494/97 c. c. o art. 4º da Lei nº 8.437/92.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 650/654, opina pela concessão da suspensão da execução da sentença proferida, por entender caracterizada, de forma inequívoca, a existência de lesão à ordem econômica, em decorrência de contrariar

expressamente o disposto no artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97.

É o relatório. Decido.

Cumpre-me, primeiramente, analisar o presente pedido sob a ótica da competência.

Destaco que a decisão atacada foi proferida pelo Juizado Especial Federal Cível de Lins/SP. Portanto, eventual inconformismo da parte contra tal decisão deve ser dirigido à Turma Recursal.

Os Tribunais Regionais não exercem jurisdição sobre as decisões dos Juizados Especiais.

Dispõe o artigo 4º da Lei nº 8.437/92:

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

Assim, considerando que não cabe recurso ao Tribunal Regional Federal contra decisões proferidas pelo Juizado Especial, revela-se incabível também o ajuizamento de pedido de suspensão de execução de sentença por este prolatada.

De fato, não há em nosso sistema legal previsão de ajuizamento nos Tribunais Regionais de pedido de suspensão de decisão proferida pelo Juizado Especial.

Aliás, o recurso extraordinário é o único cabível contra acórdão da Turma Recursal.

Em suma, esta Corte não é competente para apreciar o presente incidente processual, ante a ausência de previsão legal.

Pelo exposto, *não conheço* do presente pedido de suspensão. Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Comunique-se e intime-se.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

**SUSPENSÃO DE LIMINAR
OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0027084-05.2010.4.03.0000
(2010.03.00.027084-5)**

Requerente: INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE MATO GROSSO DO SUL - IMASUL

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

Interessados: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

Classe do Processo: SLAT 2916

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/09/2010

DECISÃO

Trata-se de Suspensão de Liminar, ajuizada pelo INSTITUTO DE MEIO AMBIENTE DE MATO GROSSO DO SUL - IMASUL, em face da decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Mato Grosso do Sul, nos autos da Ação Civil Pública, a qual determinou:

“a) ao Instituto do Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul - IMASUL, em decisão com eficácia *erga omnes* e abrangência regional no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul que: a.a.) se abstenha de emitir o Documento de Origem Florestal - DOF para as siderúrgicas com mais de 10 (dez) anos, contados a partir da constituição da pessoa jurídica, independentemente de mudança do quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, sob pena de multa diária de 1.000,00 (mil) UFERMS por Documento de Origem Florestal (DOF) e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados; a.b) para que notifique por meio de correspondência ou outro meio eficaz, no prazo de 30 dias, todas as siderúrgicas instaladas fora de Mato Grosso do Sul com menos de 10 anos que comprem ou tenham adquirido carvão vegetal no Mato Grosso do Sul para que, no prazo de 60 dias, apresentem Plano de

Suprimento Sustentável com plantio de árvores no estado de Mato Grosso do Sul na razão equivalente à volumetria total adquirida a partir de 2005, como condição para expedição do Documento de Origem Florestal - DOF, sob pena de multa diária de 1.000 UFERMS por DOF e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados (súmula nº 473 STF); a.c) para que, como condição prévia à emissão do DOF e da análise do Plano de Suprimento Sustentável - PSS, considere como termo inicial dos prazos a que se refere o art. 21 e parágrafo único da Lei nº 4.771/65 a data de instalação do pátio industrial da siderúrgica, independentemente de mudança no quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, fusão, incorporação, sucessão, sob pena de multa diária de 1.000 (mil) UFERMS por DOF e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados; a.d) no prazo de 90 dias após o protocolo do Plano de Suprimento Sustentável - PSS, seja apreciado e decidido, aprovando-o ou não, expedindo, acaso aprovado, ato administrativo que determine às siderúrgicas instaladas fora do estado de Mato Grosso do Sul com menos de 10 anos um prazo de 05 (cinco) a 10 (dez) anos, contados da data de instalação do pátio industrial da siderúrgica, independentemente de mudança no quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, fusão, incorporação, sucessão, sob pena de multa diária de 1000 (mil) UFERMS por dia de atraso; a.f) não emitir Documento de Origem Florestal - DOF nos casos de não aprovação dos Planos de Suprimento Sustentável - PSS referente às siderúrgicas instaladas fora do estado de Mato Grosso do Sul e com menos de dez anos e que comprem carvão vegetal em Mato Grosso do Sul, sob pena de multa de 1000 (mil) UFERMS por DOF e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados.

b) ao IBAMA, eficácia *erga omnes* de abrangência nacional para que: b.a) bloqueie no prazo de 10 dias, o sistema

de emissão do Documento de Origem Florestal - DOF, para compra de carvão vegetal nativo, lenha ou outra matéria-prima florestal no estado de Mato Grosso do Sul e nos demais estados tendo como requerentes ou destinatárias todas as siderúrgicas que tenham mais de 10 anos e que não tenham PSS aprovado pelo IMASUL ou pelos demais órgãos ambientais estaduais respectivos; considerando como termos inicial dos prazo a que se refere o art. 21 e parágrafo único da Lei nº 4.771/65 a data de instalação do pátio industrial da siderúrgica, independentemente de mudança no quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, fusão, incorporação, sucessão, sob pena de multa diária de 1000 (mil) UFERMS por DOF e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados;

b.b.) para que bloqueie, no prazo de 180 dias, o sistema de emissão do DOF para compra de carvão vegetal nativo, lenha ou outra matéria-prima florestal no Mato Grosso do Sul e nos demais estados tendo como requerentes ou destinatárias todas as siderúrgicas que tenham menos de 10 anos e que não tenham Plano de Suprimento Sustentável aprovado pelo IMASUL e pelos demais órgãos ambientais estaduais respectivos, considerando como termo inicial dos prazos a que se refere o art. 21 e parágrafo único da Lei nº 4.771/65 a data de instalação do pátio industrial da siderúrgica, independentemente de mudança no quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, fusão, incorporação, sucessão, sob pena de multa diária de 1000 (mil) UFERMS por DOF e até que sejam tornados sem efeito, revogados ou anulados;

b.c) para que fiscalize por amostragem, com periodicidade trimestral, a partir da intimação, o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) das emissões de Documento de Origem Florestal - DOF de responsabilidade do Réu IMASUL e dos demais órgãos ambientais estaduais dos estados em favor de siderúrgicas instaladas dentro ou fora do Estado de Mato Grosso do Sul, independentemente dos

anos de existência, que vêm comprando carvão vegetal nativo, lenha ou outra matéria-prima florestal, sob pena de multa diária de 1000 (mil) UFERMS, considerando como termo indicial dos prazos a que se refere o art. 21 e parágrafo único da Lei nº 4.771/65 a data de instalação do pátio industrial da siderúrgica, independentemente de mudança no quadro acionário, societário, razão social ou nome de fantasia, fusão, incorporação, sucessão, com o fim de averiguar-se:

b.c.a) a siderúrgica possui mais de 10 anos;

b.c.b) a siderúrgica, a despeito de possuir mais de dez anos, é sucessora, foi incorporada ou fundida de outra siderúrgica anterior que, somado o tempo de existência, deveria ter sua autossustentabilidade;

b.c.c) a siderúrgica com menos de dez anos possui Plano de Suprimento Sustentável - PSS aprovado e se está realizando o plantio de mudas no território de origem da lenha, carvão vegetal nativo ou outra matéria-prima florestal.”

Aduz o Requerente que a Ação Civil Pública foi proposta conjuntamente pelo Ministério Público Federal e Estadual, tendo como objeto o Inquérito Civil nº 001/2008, o qual visa apurar a ausência da implementação da exigência de autosuprimento em matéria florestal prevista no art. 21, parágrafo único, do Código Florestal (Lei nº 4.771/65) por siderúrgicas que compram carvão vegetal nativo no Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que a decisão liminar fere manifestamente o interesse público e está, sim, a causar grave lesão à ordem administrativa, uma vez que o Plano de Suprimento Sustentável - PSS deve ser realizado e executado no território do Estado que licencia a atividade consumidora de grande quantidade material lenhoso. Portanto, o Estado do Mato Grosso do Sul não é competente para exigir o PSS das siderúrgicas instaladas em outros estados e que adquirem carvão vegetal nativo, lenha ou outra matéria-prima florestal deste Estado, em consonância com o Decreto Federal nº 5.975/2006, artigo 12.

Ressalta que ao permanecer a eficácia da decisão impugnada, os demais Estados Federados, que integram o sistema DOF - continuarão vendendo carvão e o Estado de Minas Gerais continuará a não obedecer os comandos gerais estabelecidos pelo Código Florestal e pelo Decreto Federal nº 5.975/2006.

Frisa ainda que o comando judicial, ora atacado, traz imenso impacto na economia pública do Estado do Mato Grosso do Sul, pois atinge prejudicialmente todos os envolvidos na cadeia produtiva do setor florestal, tais como: veda a emissão do DOF; a reposição florestal; o pagamento da Taxa de Movimentação Florestal; a exigência de constituição de reserva legal em áreas a serem plantadas e o desenvolvimento de atividade econômica por aqueles que exploram suas terras com o fornecimento de madeira para todos os tipos de indústrias.

Por fim, salienta que a decisão vergastada ocasionou lesão grave, na medida que impele o Estado do Mato Grosso do Sul a exercer uma competência que não possui em relação aos outros Estados da Federação.

É o relatório. Decido.

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

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

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

outros aspectos, ainda que relevantes, devem ser atacados por meio dos recursos próprios.

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

Feitas tais observações passo à análise do pedido de suspensão.

Nossa Constituição Federal estabelece em seu artigo 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Celso de Mello, conceituou o direito ao meio ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações” (MS 22.164-0-SP, j. 30.10.1995, DJU 17.11.1995).

Conforme se depreende dos autos, a decisão impugnada determina que as siderúrgicas com mais de 10 anos de atividade no país não poderão mais comprar carvão vegetal nativo, lenha ou matéria-prima florestal produzida no Estado do Mato Grosso do Sul. Impõe ao IBAMA a responsabilidade de efetuar o bloqueio da emissão do DOF, que é o documento que autoriza a comercialização de carvão vegetal nativo, lenha, ou matéria-prima florestal do estado.

Para as siderúrgicas com menos de 10 anos de atividade, a referida decisão estabeleceu que as emissões do Documento de Origem Florestal - DOF - ficam condicionadas à comprovação de que elas estão tomando providências para se tornarem autossustentáveis em carvão vegetal oriundo de florestas plantadas por meio de reflorestamento. As siderúrgicas deverão ser notificadas para que apresentem, no prazo de 60 dias, o plano de sustentabilidade ambiental - PSS, ou seja, previsão de plantio de árvores

no Estado do Mato Grosso do Sul, em quantia equivalente ao carvão vegetal consumido, e aquelas que não cumprirem esta exigência deverão ser bloqueadas em até 180 dias.

Pelos termos do Código Florestal, em seu artigo 21, cada siderúrgica tem o prazo máximo de dez anos, a partir do início de sua operação, para tornar-se auto-suficiente em carvão vegetal, *in verbis*:

“art. 21. As empresas siderúrgicas, de transporte e outras, à base de carvão vegetal, lenha ou outra matéria prima florestal, são obrigadas a manter florestas próprias para exploração racional ou a formar, diretamente ou por intermédio de empreendimentos dos quais participem, florestas destinadas ao seu suprimento.

Parágrafo único. A autoridade competente fixará para cada empresa o prazo que lhe é facultado para atender ao disposto neste artigo, dentro dos limites de 5 a 10 anos.”

Segundo se extrai das apurações feitas pelo Ministério Público, a maior parte das empresas siderúrgicas que adquirem carvão vegetal extraído da mata nativa no Estado do Mato Grosso do Sul estão instaladas em outros Estados da Federação, e que estes Estados não exigem que as siderúrgicas apresentem plano de sustentabilidade em matéria-prima.

Diante de tal fato, surgem os questionamentos a respeito de quem é o órgão competente para licenciar as atividades das referidas siderúrgicas, ou seja, das empresas que utilizam matéria-prima florestal.

Prosseguindo com a análise, verifico que decisão atacada acolheu os argumentos trazidos pelos representantes do Ministério Público, tendo por escopo a proteção de nossas florestas que vem literalmente desaparecendo dia-a-dia, em decorrência do interesse econômico de empresas descomprometidas com o meio ambiente. Portanto, o objetivo dos representantes ministeriais buscado com a ação civil deve não apenas ser enaltecido, como também perseguido incansavelmente por toda a coletividade.

No entanto, entendo que a decisão ao determinar, de forma brusca, que o IBAMA e o IMASUL não emitam o DOF às empresas de outros Estados da Federação com mais de 10 anos, bem como aquelas com menos de 10 anos, que não demonstrarem que possuem o Plano de Sustentabilidade, engessa todo o setor florestal do Estado, afetando a ordem econômica.

Além disso, devemos considerar que no caso dos autos, a medida, ora questionada, foi proferida liminarmente, sem que o Juízo tenha elementos suficientes para seu convencimento a respeito da matéria e, que a sua manutenção afeta, sem sombra de dúvidas, a economia do Estado, pois impede a venda da maior parte do carvão vegetal nele produzido, uma vez que a maioria das siderúrgicas que adquirem o carvão estão localizadas fora do estado do Mato Grosso do Sul.

Cumprе salientar, ainda, que nos dias de hoje um dos maiores dilemas do homem é conseguir um crescimento econômico sustentável, e que para alcançar tal meta, faz-se imprescindível o equilíbrio do tripé: desenvolvimento econômico, meio ambiente, e o social.

Analisando a decisão por outro ângulo, ou seja, quanto à ordem pública, também vejo violação, considerada em termos de ordem administrativa, pois as empresas que vendem o carvão ficarão impedidas de efetuar o comércio com as siderúrgicas situadas fora do Estado e estas por sua vez passarão a adquirir o produto de empresas de outros estados. Portanto, a princípio, a medida conforme imposta não soluciona o grave problema do desmatamento e, além impõe ao Estado do Mato Grosso do Sul a responsabilidade pela ausência de fiscalização de outros estados da federação.

Assim, vejo presentes os pressupostos que autorizam a medida pleiteada, por entender que a decisão impugnada tem potencialidade de lesar os bens protegidos pela Lei nº 8.437/92, ante a demonstração de que a manutenção da decisão impugnada fere manifestamente o interesse público, por causar grave lesão à ordem pública, nos termos de ordem administrativa e à economia pública.

Pelo exposto, *defiro* o pedido de suspensão da execução da liminar concedida nos autos da ação civil pública nº 004348-35.2010.403.6000, até a apreciação da matéria em sede recursal por esta E. Corte.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se de Intime-se.

São Paulo, 01 de setembro de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

**SUSPENSÃO DE LIMINAR
OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0027708-54.2010.4.03.0000
(2010.03.00.027708-6)**

Requerente: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
- ANTT

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARULHOS - SP

Interessados: MARIO CAVALLARI JUNIOR E OUTROS

Classe do Processo: SLAT 2917

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/09/2010

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de liminar concedida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Guarulhos/SP, nos autos da Ação Popular nº 2009.61.19.002015-9, ajuizada por MARIO CAVALLARI JUNIOR em face da Auto Pista Fernão Dias S/A. e outros, que determinou a suspensão da instalação da praça de pedágio no Km 66 da Rodovia Fernão Dias.

Aduz a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, que o cumprimento da decisão impugnada causará grave lesão à ordem pública, sob o aspecto administrativo, à ordem econômica e à segurança pública, na medida em que ocasionará desequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão em vigor, afetando a modicidade da tarifa, a prestação do serviço, por fim, a conservação da malha viária.

Segundo se depreende dos autos, a ação popular foi ajuizada por MARIO CAVALLARI JUNIOR em face da concessionária Auto Pista Fernão Dias S/A. e outros, com o objetivo de anular a cláusula do Contrato de Concessão da Exploração da Rodovia Fernão Dias, concernente à instalação da praça de pedágio no Km 66, bem como o seu deslocamento para o Km 54,7, além da condenação dos réus pelos prejuízos causados ou que possam a vir ocorrer.

Contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, determinando a imediata paralisação das obras de instalação da referida praça de pedágio, a co-ré Autopista Fernão Dias S/A. ajuizou a

Suspensão de Tutela Antecipada nº 2009.03.00022296-4, tendo a d. Desembargadora Federal Presidência desta E. Corte, à época, deferido a suspensão dos efeitos da liminar concedida. Inconformados com a decisão, o Autor da Ação Popular e o Ministério Público Federal interpuseram Agravos Regimentais, os quais foram providos pelo v. acórdão do Órgão Especial desta E. Corte, restabelecendo a eficácia da decisão de primeiro grau que determinara a paralisação das obras de construção da praça de pedágio no km 66 da Rodovia Fernão Dias.

Inconformada com o v. acórdão, a co-ré Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, interpôs o presente pedido de Suspensão de liminar, alegando que todo o procedimento licitatório foi feito com amparo na legislação, após estudos detalhados das áreas técnicas da Administração de transportes terrestres, com ampla divulgação a toda a sociedade e com a supervisão do Tribunal de Contas da União, revelando a transparência do certame e a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do presente Pedido de Suspensão, ante a ausência dos requisitos para a sua admissibilidade, e caso não seja este o entendimento, que seja indeferido o pedido (fls. 349/357).

Às fls. 359/363, a ANTT peticiona requerendo a juntada de cálculos detalhados do alegado impacto financeiro ocasionado pelo impedimento de abertura da praça de pedágio nº 1 da Autopista Fernão Dias.

É o relatório. Decido.

Cumpre-me, primeiramente, analisar a admissibilidade do presente pedido.

A decisão ora atacada já foi objeto da suspensão de segurança nº 2009.03.00022296-4, a qual foi ajuizada pela concessionária AUTOPISTA FERNÃO DIAS S/A e deferida pela Presidência desta Corte à época. Contra esta decisão foram interpostos agravos regimentais por Mario Cavallari e o Ministério Público Federal, os quais foram levados a julgamento pelo Órgão Especial,

que, por maioria, deu provimento aos referidos recursos, restaurando os efeitos da liminar concedida pelo Juízo de 1º grau.

Cabe registrar que este “novo pedido de suspensão” insurge-se em face de matéria já apreciada pelo Órgão Especial, que resultou no acórdão que deu provimento aos agravos interpostos contra a decisão do Presidente desta Corte, ou seja, trata-se de renovação de pedido já indeferido.

Desse modo, cabe anotar ainda, que a disposição contida no parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, assegura à requerente o direito de renovar o pedido de suspensão para o presidente do STF ou para o presidente do STJ, caso o fundamento seja constitucional ou infraconstitucional, respectivamente. O referido dispositivo legal condiciona a interposição do segundo pedido de suspensão ao julgamento do agravo interposto. Portanto, impõe como condição de admissibilidade do pedido de suspensão, no STF ou STJ, o esgotamento da instância de origem, o que já ocorreu no caso dos autos.

Assim, em que pesem as alegações da ora Requerente no sentido de que o presente pedido de suspensão foi embasado em novos fundamentos, não se vislumbra, na hipótese, tais circunstâncias capazes de justificar a rediscussão da matéria já analisada pelo Órgão Especial desta Corte.

Em suma, verifico que não estão presentes os requisitos de admissibilidade que autorizam a apreciação do pedido de sustação dos efeitos da liminar.

Pelo exposto, *não conheço* do presente pedido de suspensão.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 21 de setembro de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

- Sobre a instalação de praças de pedágio na Rodovia Fernão Dias, veja também os seguintes julgados: decisão proferida na SLAT 2009.03.00.022296-4/SP, Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada na RTRF3R 96/22; decisão proferida na SLAT 2009.03.00.040167-6/SP, Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada na RTRF3R 99/21 e decisão proferida na SuExSe 0012166-93.2010.4.03.0000/SP, Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 102/31.

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL EM REMESSA “EX OFFICIO”
0033643-37.1975.4.03.6100
(92.03.027763-3)

Recorrente: AÇOS VILLARES S/A
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Parte Autora: AÇOS VILLARES S/A
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: REO 72296
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto pela empresa *Aços Villares S/A*, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Suplementar da Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu provimento à remessa oficial.

Alega-se que o acórdão contrariou os artigos 49 do Código Tributário Nacional e o artigo 25, §§ 1º e 3º, da Lei nº 4.502/64. Aduz ainda afronta ao artigo 22, inciso V, § 4º, e artigo 153, inciso IV, §§ 1º e 3º, respectivamente das Constituições de 1967 e 1988.

Contrarrazões em que se pugna, preliminarmente, a impossibilidade de apreciação de matéria constitucional em sede de recurso especial e a ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, requer seja negado provimento ao recurso. (fls. 423/429).

Decido.

Pressupostos genéricos recursais presentes.

A ementa do acórdão recorrido assenta:

“TRIBUTÁRIO. IPI. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MATERIAIS REFRAATÓRIOS. UTILIZAÇÃO NA FABRICAÇÃO DO AÇO. CRÉDITOS DO IMPOSTO DEVIDO NA AQUISIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE INCORPORAM AO PRODUTO FINAL. TAMPOUCO SÃO CONSUMIDOS DE UMA SÓ VÊZ NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. DESGASTE ADVINDO DA ELEVADA TEMPERATURA DOS ALTOS

FORNOS EM QUE COLOCADOS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. MÉTODOS DO IMPOSTO SOBRE IMPOSTO E DO CRÉDITO FÍSICO. SUA ADOÇÃO EM NOSSO ORDENAMENTO DESDE A EC 18/65. APROPRIAÇÃO QUE SE RESTRINGE A MATÉRIA PRIMA E PRODUTOS INTERMÉDIARIOS QUE COMPÕE O PRODUTO FINAL OU SÃO CONSUMIDOS DIRETAMENTE EM SUA FABRICAÇÃO. RESTRIÇÃO QUE NÃO FERE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Impossibilidade de creditamento do IPI pago nas operações de aquisição de material refratário que não se consome de uma só vez no processo de industrialização, suportando desgaste em prazo que vai de quinze dias a um ano, não se imbricando à etapa de industrialização do produto final, na qual obtido o produto final, não se qualificando como produto intermediário e tampouco como matéria prima, tratando-se dos componentes de equipamentos utilizados no processo, embora demandando substituição em prazos diminutos, a exemplo de correias e rolamentos.
2. Restrição que não atenta contra o princípio da não-cumulatividade.
3. Remessa oficial provida com inversão da sucumbência.”

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre o tema e concluiu que a utilização de material refratário no processo de industrialização garante o direito ao creditamento do respectivo valor, porquanto deve ser considerado como produto intermediário. Destaque-se o acórdão proferido por esse tribunal, a seguir:

“TRIBUTÁRIO. IPI. MATERIAIS REFRAATÓRIOS. DIREITO AO CREDITAMENTO. OS MATERIAIS REFRAATÓRIOS EMPREGADOS NA INDÚSTRIA, SENDO INTEIRAMENTE CONSUMIDOS, EMBORA DE MANEIRA LENTA, NÃO INTEGRANDO, POR ISSO, O NOVO PRODUTO E NEM O EQUIPAMENTO QUE COMPÕE O ATIVO FIXO

DA EMPRESA, DEVEM SER CLASSIFICADOS COMO PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS, CONFERINDO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL.”

(REsp 18361/SP; RECURSO ESPECIAL 1992/0002803-9; Relator Ministro HÉLIO MOSIMANN; SEGUNDA TURMA; DJ 07/08/1995 p. 23026)

Assim, verifica-se a existência de plausibilidade na fundamentação apresentada pela recorrente, porquanto há manifestação do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário àquele constante do acórdão recorrido.

Ante o exposto, *ADMITO O RECURSO ESPECIAL*.

São Paulo, 10 de agosto de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0205306-12.1993.4.03.6104
(94.03.087329-9)

Recorrente: NESTLÉ INDL/ E COML/ LTDA.

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: NESTLÉ INDL/ E COML/ LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP

Classe do Processo: AMS 156477

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto por NESTLÉ BRASIL Ltda., com fulcro no artigo 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Suplementar da Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento à apelação. Opostos embargos de declaração foram rejeitados.

Alega-se:

a) o imposto de importação adicional, instituído por portaria do Ministério da Fazenda, conforme o artigo 3º do Código Tributário Nacional;

b) o direito compensatório tem caráter puramente sancionatório e não atende a definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional;

c) a Portaria nº 569/92 não poderia ter produzido qualquer efeito, já que quando editada não possuía respaldo legal, tampouco em tratado internacional, vez que o Painel do Gatt ainda estava em andamento, e foi revogada após laudo favorável resultante do mencionado painel;

d) é ilegal a Portaria nº 569/92 por não ter observado os artigos 3º e 98 do Código Tributário Nacional.

Contrarrazões, às fls. 201/205, nas quais se sustenta:

a) a matéria é de natureza constitucional;

b) a jurisprudência é no sentido do acórdão recorrido;

c) não há prova de que a Portaria nº 569/92 foi revogada pela Portaria nº 449/94 e, mesmo que demonstrado, não tem efeitos retroativos.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão está redigida, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - LEITE EM PÓ IMPORTADO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA: LEGITIMIDADE DA IMPOSIÇÃO DO IMPOSTO ADICIONAL ‘ANTI DUMPING’ PELA PORTARIA MF Nº 569/92 - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

Superado se põe o r. sentenciamento extintivo, pois presentes suficientes elementos nos autos ao conhecimento do litígio de fundo, na mesma via eleita do *mandamus*, presente discussão preponderantemente jurídica, com efeito, assim a incidir superior o dogma do amplo acesso ao Judiciário, inciso XXXV do art. 5º, Lei Maior. Logo, afastado tal desfecho, desce-se ao núcleo da controvérsia, art. 515, CPC.

Presente importação sobre leite em pó já sob a égide da Constituição Federal vigente, ausente o desejado vício na tributação do Imposto de Importação, majorado que foi nos termos da Portaria MF 569/92, pois assim precisamente a funcionar no sistema tal mecanismo arrecadatório.

Explícito o § 1º, do art. 153, da Lei Maior, no sentido de excepcionar a legalidade majoradora para os assim consagrados ‘impostos estratégicos’, dentre os quais o de importação, por conseguinte permite-se ao Executivo trafegar, por normação própria, reduzindo ou majorando tal gravame dentro dos limites da prévia lei instituidora, no caso a Lei nº 3.244/57, art. 3º.

Justifica-se tal propósito diante exatamente da dinâmica do mercado internacional, a exigir rápidas respostas em cenário tributário, o que incompatível com a regra da anterioridade, pois exatamente a requerer tal conjunto de exceções imediatidade na força de seus comandos.

Em tal plano que se situa a genuína tributação ora guerreada,

cujo sistema tributário evidentemente em harmonia convive com outro sistema constitucional, o da ordem econômica, de tal arte que, em paralelo com os valores da livre iniciativa e da mais ampla exploração capitalista sobre os meios de produção, haverá de existir sua indelével sujeição aos gravames tributários próprios a seu espectro, com efeito, por conseguinte inoponíveis preceitos como os invocados arts. 5º, II, 150, I, da CF, e art. 3º, CTN (é dizer, não conflitam, não se antagonizam os preceitos). Precedentes.

Sem sentido a invocação ao art. 98, CTN, como óbice ao cenário de tributação em pauta, muito menos se admita sujeite-se a soberania pátria a submeter seu interno ordenamento tributário a pressões ou influxos capitalistas alienígenas, de qualquer que seja o recanto planetário, em si e por si.

Inoponível, por si, norma do GATT, como ventilado, pois de estatura de lei interna o regramento tributante combatido, portanto sem sequer ‘arranhão’ o aventado art. 98, CTN. Inocorrente mácula na discutida tributação, superior se afigura a denegação da segurança, ausente plausibilidade jurídica aos fundamentos invocados.

Parcialmente provido o apelo para que do mérito se conheça - dessa forma superada a r. sentença extintiva - todavia, como visto, neste plano (por superior) a se revelar a denegação do *mandamus*, ausente reflexo sucumbencial, ante a via eleita.

Parcial provimento à apelação. Denegação da segurança.” (fls. 157/158)

A ementa nos embargos de declaração diz:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSENTE VICIO - REDISCUSSÃO - IMPROVIMENTO.

1 - Busca a parte recorrente rediscutir o quanto já exaustivamente julgado, o que impróprio à via eleita.

2 - Improvimento aos embargos de declaração.” (fl. 172)

A matéria, como ressaltou a União, tem natureza constitucional, conforme reconhecido no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL Nº 444.505 - BA (2002/0082105-2)
RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
RECORRENTE: COMPANHIA PRODUTORA DE ALIMENTOS
ADVOGADO: MARCOS FIGUEIREDO VASCONCELLOS
E OUTROS
RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: IARA ANTUNES VIANNA E OUTROS
DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por COMPANHIA PRODUTORA DE ALIMENTOS, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado, *verbis*:

‘CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEITE EM PÓ IMPORTADO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. C. E. E. “PAINEL” NO ÂMBITO DO GATT. DIREITO COMPENSATÓRIO. ADICIONAL DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR. PORTARIA MINISTERIAL. LEGALIDADE. ART. 153, PARÁGRAFO ÚNICO, CF/88.

1. A simples existência de “painel” no âmbito do GATT, contestando a imposição do direito compensatório, sob a forma de adicional de Imposto de Importação sobre o leite em pó, oriundo da C. E. E., não exime o de recolhê-lo.
2. Não se deve estender a exigência de lei complementar para hipótese não contribuinte contemplada pela Constituição Federal.
3. A faculdade de alteração das alíquotas do Imposto de Importação foi concedida ao Poder, Executivo e não apenas

ao Presidente da República, sendo válida, portanto, a portaria ministerial correspondente (art. 153, parágrafo único, CF/88). Precedentes do STF.

4. Apelação improvida' (fls. 142).

Sustenta a recorrente violação aos arts. 3º, 21 e 97, I, do CTN, aduzindo, em síntese, que não deve incidir o direito compensatório, sob a forma de adicional de imposto de importação, instituído pela Portaria MF nº 569/92, tendo em vista ser ele ilegal e inconstitucional.

Instado, o douto Ministério Público Federal manifestou-se pelo não-conhecimento do recurso. (fls. 190/195).

Relatados. Decido.

Tenho como inadmissível a súplica da recorrente, ante a impossibilidade da apreciação da matéria pela via eleita do especial, porquanto a tese discutida no acórdão hostilizado é de cunho eminentemente constitucional, cabendo, portanto, ao Pretório Excelso o seu exame, sob pena de usurpação daquela competência.

Com efeito, da mera leitura da ementa do acórdão, verifica-se que a referida questão foi decidida sob fundamento de cunho constitucional, transbordando os lindes específicos de cabimento do recurso especial.

Nesse teor, transcrevo trechos do julgado vergastado, os quais corroboram o referido entendimento, *litteris*:

‘3. Também não prospera a alegação de que o direito compensatório é um tributo novo, instituído de forma ilegal, por meio de uma portaria do Poder Executivo, pois, como bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, “o chamado direito compensatório não passa de um adicional ao imposto de importação, tributo este que pode ter a sua alíquota alterada pelo Poder Executivo, nos termos do parágrafo 1º do art. 153, da Constituição Federal, e do art. 21, do CTN”

4. Corroborando o entendimento acima, vejam-se os seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ALÍQUOTAS MAJORADAS PELA PORTARIA MINISTERIAL Nº 201/95.

FACULDADE DO ART. 153, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Inexistência de norma constitucional, ou legal, que estabeleça ser a faculdade do dispositivo constitucional sob enfoque de exercício privativo do Presidente da República. Limites e condições da alteração das alíquotas do Imposto de Importação estabelecidas por meio de lei ordinária, como exigido pelo art. 3º da Lei nº 3.244/57.

Inteiro descabimento da exigência de motivação do ato pelo qual o Poder Executivo exerce a faculdade em apreço, por óbvio o objetivo de ajustar as alíquotas do imposto aos objetivos da política cambial e do comércio exterior (art. 21 do CTN).

Recurso conhecido e provido”. (STF, 1ª Turma, RE nº 225655/PB, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ DE 28/4/2000, unânime).

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO ADICIONAL SOBRE A IMPORTAÇÃO DE GRÃO DE TRIGO ORIGINÁRIO DOS EUA. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 711, DE 17/11/92. ARGÜIÇÃO DE INCOSTITUCIONALIDADE REJEITADA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

- O eg. Plenário deste TRF, afastando o fundamento no qual se lastreara a sentença recorrida, entendeu que a faculdade de alteração das alíquotas do imposto sobre importação constitui exceção ao princípio da legalidade, havendo sido conferida ao poder executivo e não apenas ao Presidente da República.

- Apelação e remessa providas”. (AMS 93.05.40679-2/CE, Rel. Juiz ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, TRF/5ª Região, 3ª Turma, unânime, DJ DE 20/10/97).

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ADICIONAL. PORTARIA Nº 50/94, DO MINISTRO DA FAZENDA, QUE INSTITUIU SOBRETAXA, A TÍTULO ADICIONAL DE IMPOSTO DE 34% SOBRE O VALOR DAS IMPORTAÇÕES DE TECIDOS ARTIFICIAIS E SINTÉTICOS ORIGINÁRIOS DA REPÚBLICA DA CORÉIA. A FACULDADE DE

ALTERAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FOI CONFERIDA AO PODER EXECUTIVO E NÃO APENAS AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ‘NÃO SE DEVE ESTENDER A EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO’. PRECEDENTE DO TRIBUNAL (...)’ (TRF/5ª Região, Pleno, INAMS 94.05.42581-1/PE, Rel. Juiz RIDALVO COSTA, unânime, DJ de 4/5/98, grifei)’ (fls. 139/140).

No mesmo diapasão, confira-se o julgado assim ementado, *verbis*:

‘PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO ADICIONAL - ACÓRDÃO FUNDADO EM TEMA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL (CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 711/92) - COMPETÊNCIA DO STF (C. F., ART. 102, III) - VIOLAÇÃO A PRECEITO DE LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - LEI 8.038/90 E RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS - INADMISSIBILIDADE.

Ao decidir sobre a validade da Portaria Interministerial 711/92, o Tribunal “a quo” ateve-se a tema de natureza constitucional, reportando-se a decisão do Plenário que rejeitara arguição de inconstitucionalidade sobre matéria e escapando, portanto, da esfera legal a apreciação da decisão hostilizada, em face da competência constitucional atribuída a esta eg. Corte.

O tema atinente à constitucionalidade, ou não, das leis ou regulamentos são de estrita competência do Pretório Excelso, como determinado pela Carta Magna (C. F., art. 102, III). A alegação de suposta violação a preceito de lei federal requer tenha o mesmo sido apreciado nas instâncias ordinárias; e, não tendo sido opostos os cabíveis embargos de declaração, carece o recurso de requisito indispensável à

sua admissibilidade, o prequestionamento.

A simples transcrição da ementa de julgado trazido a confronto, não basta para comprovar o dissenso pretoriano, à luz das determinações regimentais e legais que regulam a demonstração da divergência interpretativa.

Recurso especial não conhecido'. (REsp nº 202.220/CE, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 25/06/2001, pág. 00155; LEXSTJ vol. 00146, pág. 00166).

Tais as razões expendidas, com esteio no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 38, da Lei 8.038/90 e o art. 34, XVIII, do RISTJ, NEGÓ SEGUIMENTO ao presente recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 13 de maio de 2004.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator”.

Ante o exposto, NÃO ADMITO o recurso especial.

Intimam-se.

São Paulo, 06 de outubro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0052371-77.2004.4.03.0000
(2004.03.00.052371-1)

Recorrente: CLÁUDIO ROBERTO DO NASCIMENTO NÓBREGA
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Agravante: CLÁUDIO ROBERTO DO NASCIMENTO NÓBREGA
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AI 217800
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto por *Cláudio Roberto do Nascimento Nóbrega*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento a agravo legal interposto em face de decisão singular, proferida nos termos dos artigos 527, inciso I, e 557 do Código de Processo Civil, que julgou deserto o agravo de instrumento.

Alega dissídio jurisprudencial em relação ao artigo 511 do Código de Processo Civil, uma vez que no ato da interposição do recurso a agência bancária já havia encerrado seu expediente, de forma que admissível a realização do preparo em dia útil subsequente ao protocolo.

Em contrarrazões sustenta-se que o preparo dos recursos deve ser efetuado no ato de sua interposição, salvo justo impedimento, que não restou comprovado os autos. A análise do tema implica reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A ementa do acórdão recorrido assenta:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUSTAS JUDICIAIS - RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO - HIPÓTESE EXCEPCIONAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO.

1. A realização do preparo no dia subsequente ao da interposição do recurso é autorizada apenas nos casos em que a apreciação deste demanda urgência, o que não me parece ser o caso do presente agravo, tendo em vista sua matéria de fundo e o fato do seu protocolo ter sido feito somente no último dia do prazo recursal.
2. O preparo deveria ter sido comprovado no ato da interposição do recurso, como prevê o artigo 525, § 1º, do Código de Processo Civil.
3. Precedentes jurisprudenciais.
4. Agravo legal a que se nega provimento.” (fl. 61)

O recorrente argumenta em dissídio jurisprudencial violação ao artigo 511 do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o *decisum* que manteve o decreto de deserção não deve prevalecer, uma vez que no ato da interposição do agravo de instrumento (18h20m) a agência bancária na qual faria o recolhimento das respectivas custas já havia encerrado seu expediente (16 h), o que tornou impossível a sua realização. Assim, aduz ser admissível a realização do preparo em dia útil subsequente ao protocolo do recurso por se tratar de direito incontestável contemplado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assiste razão à parte, porquanto a matéria discutida já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime instituído pela Lei nº 11.672/2008, que trata do julgamento de recursos repetitivos, conforme se constata da leitura da ementa referente ao REsp 1.122.064/DF, a seguir transcrita:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. RECURSO INTERPOSTO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO. PAGAMENTO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE. CABIMENTO. DESERÇÃO AFASTADA.

1. O encerramento do expediente bancário antes do encerramento do expediente forense constitui causa de justo

impedimento, a afastar a deserção, nos termos do artigo 519 do Código de Processo Civil, desde que, comprovadamente, o recurso seja protocolizado durante o expediente forense, mas após cessado o expediente bancário, e que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente de atividade bancária.

2. Recurso provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.”

(STJ - REsp nº 1.122.064/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 01.09.2010, Dje 30.09.2010)

Note-se que o acórdão recorrido diverge da orientação firmada no julgamento do REsp 1.122.064/DF, acima transcrito, representativo da controvérsia, pois não reputou idôneo o recolhimento da taxa judiciária efetuado no primeiro dia útil subsequente ao protocolo do recurso realizado após o encerramento do expediente bancário. Por outro lado, o paradigma assenta que o fim do expediente bancário antes do término do expediente forense constitui causa de justo impedimento, a afastar a deserção, se, comprovadamente, o inconformismo seja apresentado durante o expediente forense, mas após o fechamento do banco, e que o preparo seja feito no primeiro dia útil subsequente de atividade bancária. Nesses casos, os autos deverão ser devolvidos ao respectivo relator para possibilitar novo exame e eventual retratação, conforme a sistemática processual implementada pela Lei nº 11.672/2008.

Ante o exposto, determino a devolução dos autos à turma julgadora, para as providências previstas no artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de outubro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

**RECURSO ESPECIAL EM
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0001004-77.2005.4.03.6111
(2005.61.11.001004-70)**

Recorrente: MAURÍCIO CAMILLOS DA CUNHA
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorrido: MAURÍCIO CAMILLOS DA CUNHA
Co-réu: MARCELO VERI
Classe do Processo: RSE 5710
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto por Maurício Camillos da Cunha, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu provimento ao recurso em sentido estrito para afastar o decreto de extinção da punibilidade, determinou a retomada do andamento do feito em cumprimento do acórdão de fl. 532 com o efetivo início da execução da pena.

Alega-se:

- a) a possibilidade de ser concedido efeito suspensivo à espécie;
- b) negativa de vigência do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, o qual prevê que o pagamento do tributo é causa extintiva de punibilidade independentemente da época da quitação do débito;
- c) divergência jurisprudencial, cujos julgados foram juntados posteriormente, às fls. 852/869.

Contrarrazões ministeriais, às fls. 889/894 vº, em que requereu a inadmissão do recurso, sob o fundamento de ocorrência de preclusão consumativa e temporal em relação aos paradigmas acostados, ausência do cotejo analítico e de violação à lei federal.

Decido.

Presentes pressupostos genéricos recursais.

O *decisum* impugnado tem a seguinte ementa:

“PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. LEI 10.648/2003. COMPETÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Afastada a alegação de nulidade apresentada pelo Ministério Público Federal, uma vez que, embora na ocasião em que foi prolatada a decisão que extinguiu a punibilidade pelo pagamento dos débitos, já tivesse ocorrido o trânsito em julgado, ainda não havia se iniciado a fase de execução da pena.

2. Recurso em Sentido Estrito interposto contra decisão que, após o trânsito em julgado, extinguiu a punibilidade do recorrido em virtude de notícia de quitação integral do débito, nos autos da ação penal que apurou a prática do crime inscrito no art. 168-A do CP, com fulcro no art. 9º, § 2º, da Lei 10.648/2003.

3. O art. 9º, *caput* e § 2º, da Lei nº 10.684/03, prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento, antes do trânsito em julgado, uma vez que no *caput* do artigo faz menção expressa à pretensão punitiva do estado.

4. Não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento, quando exaurida a pretensão punitiva do estado. O que se trata nestes autos, agora, é de pretensão executória, coisa diversa daquela tratada no dispositivo legal supracitado.

5. Recurso em Sentido Estrito provido.” (fls. 850/851 vº)

O entendimento harmoniza-se com posicionamento do S. T. J., no sentido de que a extinção da punibilidade somente se viabiliza com o pagamento integral do débito anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o que não ocorreu no caso dos autos. Confirma-se recente julgado do E. S. T. J.:

“PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*.

SONEGAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL. EFEITOS PENAIIS REGIDOS PELO ART. 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a edição da Lei 10.684/03, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, e 168-A e 337-A do Código Penal. 2. *Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos de sonegação fiscal, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, mas anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade, independentemente de ter se iniciado a execução penal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.* 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da execução penal e declarar extinta a punibilidade da paciente.” (HC 200802782151, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, 08/03/2010 - grifei)

Assim, não se revela plausível o recurso fundamentado no art. 105, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal.

No que tange à hipótese prevista no artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, cumpre ressaltar que o colendo Superior Tribunal de Justiça exige a comprovação e demonstração da alegada divergência, mediante a observância dos seguintes requisitos:

“a) o acórdão paradigma deve ter enfrentado os mesmos dispositivos legais que o acórdão recorrido (...); b) o acórdão paradigma, de tribunal diverso (Súmulas 13, do STJ e 369, do STF), deve ter esgotado a instância ordinária (...); c) a divergência deve ser demonstrada de forma analítica, evidenciando a dissensão jurisprudencial sobre teses jurídicas decorrentes dos mesmos artigos de lei, sendo insuficiente a mera indicação de ementas (...); d) a discrepância

deve ser comprovada por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência oficial ou credenciado; e) a divergência tem de ser atual, não sendo cabível recurso quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83, do STJ); f) o acórdão paradigma deverá evidenciar identidade jurídica com a decisão recorrida, sendo impróprio invocar precedentes inespecíficos e carentes de similitude fática com o acórdão hostilizado”. (*in*: Resp 644274, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 28.03.2007)

Nos termos do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, “o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. No caso, não se encontra demonstrado o alegado dissenso, pois o insurgente limitou-se a colacionar e juntar cópias de outros julgados, sem o exigível cotejo analítico. Confira-se:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DEMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem.

2. Tem-se como não prequestionada a matéria que, apesar de opostos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Súmula 211/STJ.

3. *Para comprovação da divergência jurisprudencial, cabe ao recorrente provar o dissenso por meio de certidão,*

cópia autenticada ou pela citação do repositório, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese, a parte agravante apenas transcreveu ementas dos acórdãos paradigmas, deixando de realizar o necessário cotejo analítico entre os julgados tidos por divergentes, pelo que não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial suscitado.

4. ‘A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial’ (Súmula 13/STJ).

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1036061/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19.06.2008, DJ 04.08.2008 p. 1 - nossos os grifos)

Outrossim, contrapôs-se julgado do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal com o *decisum* recorrido. Porém, o artigo 105, inciso III, letra “c”, da Carta Magna exige que a divergência se dê com “outro Tribunal”, que não se confunde com o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal. O objetivo da norma é viabilizar a uniformização de interpretação da legislação federal entre os tribunais *a quo*. Nesse sentido o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Voltando à alínea *c* do art. 105, III, verifica-se, claramente, que o objetivo ali perseguido é o de possibilitar a unidade de interpretação da Lei federal em todo o território nacional. Como observa José Afonso da Silva, de nada valeria dar-se o recurso como ‘instrumento de validade ou da autoridade da lei federal se se deixasse a interpretação das normas jurídicas ao descontrole, entregue à inclinações pessoais ou regionais dos julgadores’. Ou, como já afirmara o saudoso Ministro do STF, Muniz Barreto: ‘De nada vale fundarem os tribunais na mesma disposição legal a

solução de determinada relação de direito em lide, se os julgamentos divergem em suas conclusões, pela diversidade de interpretação da lei reguladora da espécie””. (*in Recurso Extraordinário e Recursos Especial*, 10ª ed. rev., ampl. e atualiz. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007)

Não se alegue a Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça a *contrario sensu*, pois na redação dela está pressuposta a demonstração da divergência de tribunais federais regionais ou locais.

Não cabe o argumento de que a letra “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal abarcaria a letra “c”. Sob o aspecto lógico, a Carta Magna não preveria duas hipóteses recursais se as considerasse substituíveis uma pela outra. Ademais, a falta de distinção entre elas ou uso de uma por outra tornaria as regras de cabimento de recurso especial inócuas.

Ante o exposto, *não admito* o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

- Sobre a extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita quando ocorrer quitação integral do débito antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, veja também o seguinte julgado: HC 2005.03.00.085954-7/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 83/369.

DECISÕES MONOCRÁTICAS

APELAÇÃO CÍVEL
0000305-65.2000.4.03.6110
(2000.61.10.000305-0)

Apelante: REFRIGERANTES VEDETE LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: AC 953500
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2010

DECISÃO

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, inciso VI, e 462 do Código de Processo Civil (fl. 179).

Inconformada, a embargante interpôs o recurso de apelação, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, tendo em vista o cerceamento de defesa, em razão de que a adesão ao parcelamento do débito não gera a extinção do feito. No mérito, aduz: a nulidade da certidão da dívida ativa; a inexigibilidade dos juros de mora, correção monetária e multa; e a exclusão da cobrança da contribuição do salário-educação já declarada inconstitucional (fls. 182/204).

Com contrarrazões (fls. 208/217), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Decido.

No caso vertente, o exame dos autos (fl. 176) mostra que, posteriormente ao ajuizamento do presente feito, o apelante ingressou no programa de parcelamento instituído pela Lei nº 9.964/00 (REFIS), no qual foram incluídos os débitos que originaram a execução fiscal embargada.

Ora, o parcelamento em questão, nos exatos termos da lei que o rege (art. 3º), implica confissão irrevogável e irretratável da dívida exequenda, mediante a qual o apelante assumiu integral responsabilidade por seu pagamento. Tal reconhecimento expresso

da dívida mostra-se logicamente incompatível com a subsistência do presente feito, restando, pois, claramente configurada a carência superveniente do interesse processual.

Tratando-se de embargos à execução (cuja natureza jurídica é a de verdadeira ação de conhecimento incidental, pois visa desconstituir ou reduzir a eficácia do título executivo), devem aplicar-se subsidiariamente as disposições que regem o processo de conhecimento, a teor do art. 598, do Código de Processo Civil (CPC). E, de acordo com o disposto no art. 267, inciso VI, do CPC, o processo será extinto, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, sendo que tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa (RSTJ 64/156).

Não há que se falar, outrossim, em mera suspensão do presente feito, na medida em que os eventuais percalços no cumprimento das condições do parcelamento não resultarão na rediscussão da liquidez e certeza da dívida exequenda, mas sim na retomada do trâmite da execução fiscal que, essa sim, deve ficar suspensa até a quitação do débito.

Quanto aos honorários advocatícios, os mesmos são efetivamente devidos pela embargante, em razão do princípio da causalidade, devendo ser mantidos conforme fixados pela r. sentença.

A r. decisão recorrida está de acordo ao entendimento predominante no E. Superior Tribunal de Justiça e nesta C. Corte, como se pode ler nos seguintes precedentes:

I - STJ - 1ª Turma - AGRESP 7546341, Rel. Min. Luiz Fux, (DJ DATA: 13/08/2007 PG: 00333) (trechos):

“É assente no STJ que ‘A opção do contribuinte pelo parcelamento do débito tributário por meio da inscrição no Programa de Recuperação Fiscal, condicionada à desistência dos embargos à execução, não o desonera do pagamento dos honorários advocatícios. 2. A Primeira Seção decidiu, pacificando o posicionamento jurisprudencial, que

são devidos honorários advocatícios no percentual de 1% sobre o débito consolidado' (REsp 509367/SC; Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 11.09.2006 p. 221). (...) 14. *Ad argumentandum tantum* esta Corte já se manifestou no sentido de que a existência de pedido expreso de renúncia do direito discutido nos autos, é *conditio iuris* para a extinção do processo com julgamento do mérito por provocação do próprio autor, residindo o ato em sua esfera de disponibilidade e interesse, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente, nos termos do art. 269, V, do CPC. Precedentes. (...) 15. Deveras, ausente a manifestação expressa da pessoa jurídica interessada em aderir ao REFIS quanto à confissão da dívida e à desistência da ação com renúncia ao direito, é incabível a extinção do processo com julgamento de mérito, porquanto 'o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial.' Precedente: REsp nº 639.526/RS, DJ de 23/08/2004".

II - TRF 3ª Região, AMS nº 1999.61.00.012533-4, Rel. Juiz Federal Convocado Ricardo China (DF3 de 13.10.08) (trechos): "I - Ação mandamental ajuizada visando a anulação de ato administrativo que indeferiu parcelamento de débitos de IPI e II, os quais posteriormente foram consolidados e incluídos no parcelamento previsto na Lei nº 9964/2000 - REFIS. II - A lei em questão determina como requisito para a fruição do benefício a confissão irrevogável e irretratável dos débitos referidos no art. 2º e o encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem como a renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação. III - A adesão da impetrante ao parcelamento é fato superveniente que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462, CPC, ensejando a extinção da ação sem o exame do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI do CPC.

IV - Não há que se falar em extinção nos termos do art. 269, V, CPC, pois não houve renúncia expressa sobre o direito a que se funda a ação, não podendo ser deduzida da legislação que a estabeleceu como condição para usufruir o benefício legal”.

Isto posto, nos termos do artigo 557, *caput*, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso de apelação.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 06 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0008785-30.2003.4.03.6109
(2003.61.09.008785-0)

Apelante: MARIA CONCEIÇÃO DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCO AURELIO CASTRIANNI
Classe do Processo: AMS 272135
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2010

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença (fls. 253/256), pela qual foi denegada a segurança. Pretendia a impetrante/apelante o restabelecimento de benefício - aposentadoria por tempo de contribuição - suspenso/encerrado sob a suspeita de irregularidade.

Em suas razões recursais (fls. 272/286), argumenta a impetrante/apelante que, com base em documentação que foi entregue, foi-lhe conferido o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, que recebeu o número 42/119.054.329-7. Alega que ficou surpresa quando se dirigiu ao banco para receber seu benefício mensal e ficou surpresa ao saber que não havia qualquer pagamento. Alega que o INSS apenas supôs a fraude; que não foi produzida qualquer prova que revelasse a inexistência do tempo de serviço da impetrante/apelante.

Em contra-razões (fls. 291/293), o apelado defende seja mantida a sentença. Alega que, conforme se verifica à fl. 197, diligenciou junto à empresa Tinturaria e Estamparia e verificou que o período de trabalho da impetrante/apelante foi de 01/11/1977 a 28/02/1979; e não como consta da Carteira de Trabalho, apresentada com o pedido de aposentadoria, na qual o período se estende até 28/04/1979, ou seja, a falta de dois meses torna insuficiente o tempo para a concessão de aposentadoria. Alega que a impetrante/apelante não conseguiu demonstrar que exerceu qualquer atividade nesses dois meses e que a suspensão e o consequente cancelamento do benefício se tornaram de rigor, por ter sido indeferido indevidamente.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 297/301, opinando pelo provimento do recurso. Afirma que a impetrante/apelante teve cerceado seu direito de defesa, pois a autarquia, de forma negligente, perdeu a documentação, o que “poderia corroborar a produção de prova de que não houve, de fato, erro na concessão do benefício”. Alega ainda que, se, de fato, não havia sido completado o tempo mínimo para a concessão do benefício, não seria razoável que a mesma se visse privada de o estar recebendo; que o benefício foi recebido por se ter trabalhado pelo período de 25 anos, 1 mês e 17 dias; que, descontando-se o período controverso de 59 dias, faltariam somente 12 dias para a concessão do mesmo. Alega que se devem observar os critérios de razoabilidade, que guardam consonância com o princípio da proporcionalidade.

Após breve relatório, passo a decidir.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi denegada a segurança. Pretendia a impetrante/apelante o restabelecimento de benefício - aposentadoria por tempo de contribuição - suspenso/encerrado sob a suspeita de irregularidade.

Observo que a Administração Pública tem o direito de rever os próprios atos, para anulá-los ou revogá-los, sempre que forem, conforme o caso, ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Entretanto, é preciso respeitar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O desconto no benefício previdenciário ou a suspensão do benefício previdenciário somente pode ocorrer quando o procedimento administrativo se encerra em definitivo, com o esgotamento de todos os recursos disponíveis.

Tal é a jurisprudência o E. Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - RURÍCOLA - SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO - SUPOSTA FRAUDE - DECADÊNCIA INOCORRENTE.

- A suspensão do benefício previdenciário por suposta fraude em sua obtenção, não enseja, de plano, a sua

suspensão ou cancelamento, dependendo de apuração em processo administrativo regular, assegurados o princípio do contraditório e da ampla defesa.

- No caso em exame o benefício foi suspenso em 28.10.1998 e a Ação Mandamental foi proposta em 15.02.1999, conforme protocolo de fls. 02 dos autos. O lapso de tempo transcorrido foi de 110 (cento e dez) dias, portanto dentro do limite preconizado pelo art. 18 da Lei 1.533/51, não ocorrendo a decadência do direito à tutela jurisdicional.

- Recurso conhecido e desprovido.”

(STJ - Recurso Especial Nº 352.013 - RJ (2001/0123860-7)

- Relator: Ministro Jorge Scartezini).

A suspensão do benefício previdenciário, portanto, ainda que haja suposta fraude em sua obtenção, não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, dependendo de apuração em processo administrativo regular, assegurados o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido é a manifestação ministerial (fls. 297/301):

“O ato administrativo que determina a concessão do benefício previdenciário goza, até prova em contrário, da presunção de legitimidade, até mesmo no caso de suspeita de fraude, nos ditames da Súmula 160, do extinto TFR.

Isso significa que a suspensão do benefício - dotado de caráter nitidamente alimentar - somente se reveste de legalidade após prévio e regular procedimento administrativo, em que se assegure o devido processo legal, do qual são corolários o contraditório e a ampla defesa.

(...)

A apelante teve cerceado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, porquanto a Autarquia de forma negligente perdeu a documentação da impetrante, o que poderia corroborar a produção de prova de que não houve, de fato, erro na concessão do benefício”.

Prosseguindo em seu parecer, o “Parquet” traz à baila o princípio da razoabilidade, do qual decorre ainda o da proporcionalidade:

“Ademais, se, de fato, a impetrante não completou o tempo mínimo exigido pela lei para a concessão do benefício, temos que não seria razoável que a mesma se visse privada de estar recebendo o benefício. Isto porque, conforme se verifica às fls. 58, a impetrante recebeu o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição por ter trabalhado pelo período de 25 anos, 1 mês e 17 dias. Descontando o período controverso de 59 dias, temos que faltaria somente 12 (doze dias) para a concessão do mesmo.

Parece ser desarrazoado exigir que a impetrante se veja privada da concessão de um benefício de caráter nitidamente alimentar, iniciada desde 03/01/2001, quando a própria Autarquia, de forma imprudente, perdeu o documento que poderia comprovar o vínculo daquela em relação à empresa.

Embora em princípio tenha possibilitado à impetrante o regular procedimento administrativo formal, não se assegurou, de fato, o procedimento material, uma vez que a autarquia, de modo negligente, perdeu o documento que possibilitaria de modo inequívoco, a comprovar se o período trabalhado na empresa MERCADOS DE TECIDOS LTDA., corresponderia de 01/11/1977 a 28/04/1979 ou de 01/11/1977 a 28/02/1979.

No mais, gozam as anotações feitas na Carteira de Trabalho de presunção *juris tantum*, consoante preconiza o Enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho e da Súmula nº 225 do Supremo Tribunal Federal. Não tendo a Autarquia Previdenciária devolvido a CTPS da impetrante, impedindo-a de se defender e comprovar o período de trabalho controverso, evidenciado está a ilegalidade do ato de suspensão do benefício.

A garantia do devido processo legal exige que a autoridade

administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do poder público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’.

A exigência de razoabilidade, que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do poder público, notadamente no desempenho de suas funções normativas, atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Ao plano das atividades normativas do Estado, deve ser aplicada a teoria do desvio de poder que permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao poder público.

A regra constitucional deve ser obtemperada sob os parâmetros do princípio da proporcionalidade, que traduz a justa medida dos institutos jurídicos, ou, por outra maneira, o princípio de proibição do excesso.

Revela-se patente, portanto, a ilegalidade do ato da autoridade tida como coatora, que culminou na suspensão do pagamento do benefício do apelante, em detrimento dos referidos postulados constitucionais e da necessária amplitude de defesa”.

De fato, tal como acima exposto, é necessário que se respeitem os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido

processo legal. Além disso, não é razoável suspender e, por consequência, cancelar um benefício de aposentadoria por tempo de contribuição apenas e tão somente por causa da falta de 12 dias, como bem observado pelo “Parquet”. Os atos administrativos devem estar em sintonia com o princípio da razoabilidade, do qual decorre o da proporcionalidade, que visto de outro ângulo, é o da proibição de excessos.

Diante do exposto, na forma do artigo 557, do Código de Processo Civil, *dou provimento ao recurso de apelação da impetrante*, modificando a sentença de primeiro grau para conceder a segurança tal como pleiteada, ou seja, para determinar o restabelecimento do benefício - aposentadoria por tempo de contribuição - que foi suspenso/encerrado. Não há honorários advocatícios em mandado de segurança. O INSS é isento de custas.

Decorrido “in albis” o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI

- Relator

- Sobre a impossibilidade de suspensão de benefício previdenciário por suspeita de fraude sem a instauração de procedimento administrativo garantindo o contraditório e a ampla defesa ao segurado, veja também os seguintes julgados: EInfAC 89.03.030107-2/SP, Relator Juiz Silveira Bueno, publicado na RTRF3R 4/143; REO 90.03.027435-5/SP, Relator Juiz Aricê Amaral, publicado na RTRF3R 6/321; AC 91.03.016932-4/SP, Relator Juiz Aricê Amaral, publicado na RTRF3R 9/139; AC 93.03.049163-7/SP, Relator Desembargador Federal Jedial Galvão, publicado na RTRF3R 91/189 e AC 2007.03.99.015223-0/SP, Relator Desembargador Federal Jedial Galvão, publicado na RTRF3R 91/565.

APELAÇÃO CÍVEL
0022506-19.2003.4.03.9999
(2003.03.99.022506-8)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: MILTON MARQUES (= ou > de 65 anos)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DIANA BRUNSTEIN
Classe do Processo: AC 887311
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2010

DECISÃO

Trata-se de apelação em embargos à execução de sentença, nos autos da ação de natureza previdenciária ajuizada por MILTON MARQUES contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

A r. sentença monocrática de fls. 24/25 rejeitou os embargos, mantendo o cálculo da parte exequente. Condenação em custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da execução.

Em suas razões recursais de fls. 27/28, alega a Autarquia Previdenciária, preliminarmente, a existência de coisa julgada. No mérito, sustenta a incorreção dos cálculos acolhidos. Subsidiariamente, insurge-se contra os critérios de fixação dos consectários.

Contra-razões a fls. 30/32.

Vistos, na forma do art. 557 do Código de Processo Civil.

No que se refere à preliminar de coisa julgada, constata-se que as alegações do INSS procedem em parte, senão vejamos:

O embargado ajuizou ação previdenciária em 25 de novembro de 1991 (Processo nº 91.03.37222-7) onde postulou exclusivamente o recálculo do seu benefício com base na Lei nº 6.423/77 (fls. 37/42). Tal demanda foi julgada procedente em primeira instância e, após a interposição de recursos, transitou em julgado na data de 09 de janeiro de 1997 (fls. 47/51).

Em 17 de novembro de 1994, o exequente ajuizou nova ação de revisão do seu benefício (Processo nº 96.03.000077-9) pleiteando a condenação do INSS nos seguintes termos:

“Em resumo, o autor espera que o réu seja condenado a:
a) Recalcular o benefício inicial do autor com base na Lei nº 6423/77; (...).” (fl. 4 do apenso)

A mencionada ação de conhecimento também foi julgada procedente, ocorrendo seu trânsito em julgado em 08 de março de 2000, conforme certidão de fl. 114 dos autos principais.

Desta breve exposição, observa-se a existência de coisa julgada com relação ao pedido de revisão do benefício pela Lei nº 6.423/77, o que impede qualquer discussão relacionada a esta questão.

De acordo com o art. 267, V, do Código de Processo Civil, caracterizada a perempção, litispendência ou coisa julgada, o processo será extinto sem julgamento do mérito, independentemente de argüição da parte interessada, uma vez que a matéria em questão pode e deve ser conhecida de ofício pelo Juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição (§ 3º).

A coisa julgada material impede o ajuizamento de demanda idêntica à anterior, com fundamento no já citado inciso V do art. 267, entendendo-se como tal, de acordo com o art. 467, a eficácia “que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Para esclarecimento da matéria, assim como a defesa processual precedente, a 2ª parte do § 3º do art. 301 não conceitua especificamente a *res judicata*, mas, na verdade, prevê uma de suas conseqüências.

Constatada a simultaneidade de processos iguais e não havendo sentença de mérito transitada em julgado, deverá ser extinto aquele cuja citação tenha ocorrido por último. Sobrevindo, no entanto, a coisa julgada material, a extinção recairá sobre a ação em trâmite, ainda que sua citação se tenha dado primeiro, neste caso, em observância ao princípio da economia processual.

Desta forma, depreende-se que o pagamento de eventuais diferenças relativas à revisão do benefício com base na Lei nº 6.423/77 deverá ser feita no processo nº 91.03.037222-7, em virtude da questão em comento estar acobertada pelo pálio da coisa julgada.

Além de incluir nos cálculos impugnados através dos presentes embargos à execução matéria afeta a outro feito, o que, por si só, acarreta a nulidade da conta de execução elaborada pelos embargados, ressalto que a memória de cálculo acolhida pelo magistrado *a quo* contém outros equívocos.

De fato, em respeito à prescrição quinquenal, o embargado deveria apurar valores a partir de 17 de novembro de 1989, descontando-se, por conseguinte, os primeiros 16 dias do referido mês. Não obstante, ele exhibe valores a maior, uma vez que apresenta como renda mensal devida em novembro de 1989 o valor NCZ\$ 1.632,97 (fl. 127 do apenso), quantia correspondente ao valor mensal da aposentadoria (30 dias - fl. 124 do apenso).

No tocante à conversão da benesse em URV's na competência de março de 1994, não se admite a utilização do divisor de 637,64 (seiscentos e trinta e sete vírgula sessenta e quatro), correspondente a 28.02.94. Isso porque tal divisor somente é admitido nas hipóteses de correção monetária de benefício pago com atraso, nos termos do art. 20, § 5º, da Lei nº 8.880/94. Precedentes: STJ, Resp 448681/SP (2002/0085998-3), 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 21.10.2002, p. 396; TRF3, AC nº 2001.03.99.023346-9, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, DJF3 13.01.2009, p. 1765.

Nesse passo, impõe-se elaboração de novo cálculo de liquidação pela contadoria do Juízo, com a exclusão do pedido relativo à revisão do benefício pela Lei nº 6.423/77, alteração do valor devido em novembro de 1989 e conversão do valor do benefício em URV, relativo a março de 1994, nos termos do art. 20, I e II, da Lei nº 8.880/94.

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do CPC, *acolho a preliminar de coisa julgada somente com relação à revisão do benefício pela Lei nº 6.423/77 e dou parcial provimento à apelação para anular a conta de execução, assim como a r. sentença que a acolheu, e determino a retificação dos cálculos*, com a observância das especificações acima explicitadas.

Após as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 29 de setembro de 2010.

Juíza Federal Convocada DIANA BRUNSTEIN - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000905-11.2004.4.03.6122
(2004.61.22.000905-9)

Apelantes: VALDEVI ALVES DA SILVA (incapaz) e INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Representante: MARTINHA ALVES DA SILVA

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AC 1146968

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2010

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a concessão do benefício previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, a partir do requerimento administrativo (23/6/00 - fls. 16), sob o fundamento de ser *pessoa portadora de deficiência* e não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela.

Foram deferidos à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita e a tutela antecipada.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS ao pagamento do benefício requerido a partir da citação, corrigido monetariamente desde o vencimento de cada parcela, “segundo os critérios estabelecidos no Provimento nº 26/01 da CGJF da 3ª Região” (fls. 201) e acrescido de juros de 12% ao ano a contar da citação. A verba honorária foi arbitrada em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, nos termos da Súmula nº 111 do C. STJ, deixando a autarquia de ser condenada ao pagamento das custas e despesas processuais.

Inconformado, apelou o Instituto, alegando, preliminarmente, a necessidade da sentença ser submetida ao duplo grau obrigatório e insurgindo-se contra a antecipação dos efeitos da tutela. No mérito, pleiteia a reforma integral do *decisum*. Caso não seja esse o entendimento, requer a fixação da verba honorária em

10% sobre o valor da causa ou sobre as parcelas vencidas da citação até a data da prolação da sentença.

Por sua vez, o demandante também recorreu, pleiteando que o termo inicial do benefício se dê a partir do requerimento administrativo, bem como a majoração da verba honorária para 15% sobre o valor das parcelas vencidas “entre o termo inicial do benefício e a data do acórdão” (fls. 224).

Com contra-razões da parte autora, na qual alega preliminarmente que na apelação “houve simples reiteração da contestação, sem impugnação especificada da sentença” (fls. 232), subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal a fls. 248/253.

Encaminhados os autos ao Gabinete da Conciliação nos termos do art. 3º, da Resolução nº 309, de 9 de abril de 2008, do Conselho de Administração desta E. Corte, o INSS informou não ser possível fazer proposta de acordo.

É o breve relatório.

Preliminarmente, não há que se falar em não conhecimento do recurso de apelação pela “simples reiteração da contestação, sem impugnação especificada da sentença” (fls. 232), uma vez que estão presentes, *in casu*, os requisitos previstos no art. 514 do CPC, estando o recurso devidamente fundamentado.

Outrossim, observo que o valor da condenação não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença proferida em 16/11/05 (fls. 195/202) não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

Com efeito, o § 2º, do art. 475, do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/01, dispõe:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos

à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º *Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.*

(...)” (grifos meus)

Dúvida não havendo, portanto, quanto à aplicabilidade do art. 475, § 2º, do CPC, com a redação atribuída pela Lei nº 10.352/01 e considerando-se que, *in casu*, a condenação abrange as parcelas compreendidas no período de 9/8/04 (data da citação) a 16/11/05 (data da prolação da sentença), acrescidas de correção monetária e juros, incluindo a verba honorária, a sentença proferida não se encontra sujeita ao duplo grau obrigatório.

Ademais, impende salientar que, uma vez demonstrada a verossimilhança do direito, bem como o fundado receio de dano irreparável, é de ser mantida a tutela antecipada.

Com efeito, a prova inequívoca ensejadora da antecipação da tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, encontra-se comprovada pelos documentos acostados aos autos.

Quanto ao perigo de dano, parece-me que, entre as posições contrapostas, merece acolhida aquela defendida pela parte autora porque, além de desfrutar de elevada probabilidade, é a que sofre maiores dificuldades de reversão.

O perigo da demora encontrava-se evidente, tendo em vista o caráter alimentar do benefício, motivo pelo qual entendo que o MM. Juiz de primeiro grau agiu com acerto ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

Passo à análise do mérito.

Dispõe o art. 203, inc. V, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela

necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a *garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*” (grifos meus)

Para regulamentar o dispositivo constitucional retro transcrito, foi editada a Lei nº 8.742 de 7/12/1993 que, em seu art. 20, dispôs:

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no ‘caput’, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal ‘per capita’ seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

(...)”

Cumprе ressaltar, ainda, que em 08/12/95 sobreveio o Decreto nº 1.744 regulamentando a Lei da Assistência Social supra mencionada.

Da leitura dos dispositivos legais, depreende-se que o benefício previsto no art. 203, inc. V, da CF é devido à pessoa portadora de deficiência *ou* considerada idosa *e*, em *ambas* as hipóteses, que não possua meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Com relação ao requisito etário, observo que a idade de 70 (setenta) anos prevista no *caput* do art. 20, da Lei nº 8.742/93, foi reduzida para 67 (sessenta e sete), conforme a Lei nº 9.720/98 e, posteriormente, para 65 (sessenta e cinco), nos termos do art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

In casu, a deficiência da parte autora ficou plenamente demonstrada mediante perícia médica realizada na ação de interdição nº 1282/00, conforme se verifica pela cópia da sentença proferida na referida demanda (fls. 175/179vº). Referido documento - não impugnado pela autarquia - foi aceito pelo Juízo de primeiro grau. Constatou a perícia médica que o autor é portador de deficiência mental grave “que lhe acarretou incapacidade absoluta para gerir sua pessoa e bens, sendo que já indicava o seu interrogatório” (fls. 175).

No que concerne à incapacidade para a vida independente, conforme disposto no § 2º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, não me parece ter sido o intuito do legislador conceituar pessoa portadora de deficiência como aquela que necessita da assistência permanente de outra para a realização das atividades básicas do ser humano. Nem seria razoável que o fizesse. Há de se entender como pessoa portadora de deficiência, sim, aquela que não dispõe de recursos para promover, por seus próprios meios, condições para sobreviver com um mínimo de dignidade.

Relativamente ao segundo requisito, qual seja, a comprovação de a parte autora não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em sessão de 27/8/1998, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, considerando constitucional o art. 20,

§ 3º, da Lei nº 8.742/93, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO.

AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”

(STF-ADIN nº 1.232-1/DF, Pleno, Relator para acórdão Ministro Nelson Jobim, j. 27/8/98, DJ de 1º/6/01)

No entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo deve ser *objetivamente* considerada para a comprovação da insuficiência de meios para prover a subsistência do necessitado não impedindo, todavia, que o magistrado utilize, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da parte autora.

Nesse sentido, transcrevo o julgamento proferido no *Recurso Especial Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.112.557-MG (2009/0040999-9)*, bem como os seguintes precedentes pretorianos, de caráter verdadeiramente histórico para a jurisprudência pátria:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.
5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.
6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita*

não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.”

(STJ, REsp nº 1.112.557/MG, 3ª Seção, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/10/09, v. u., DJ 20/11/09, grifos meus)

“PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL VITALÍCIA - CF, ART. 203, V. LEI 8.742/93. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. RENDA FAMILIAR INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. Órgão responsável pela execução e manutenção dos benefícios de prestação continuada, é o INSS parte legítima para figurar no pólo passivo de ação buscando o recebimento de Renda Mensal Vitalícia.

2. A Lei 8.742/93, Art. 20, § 3º, quis apenas definir que a renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado.

3. Recurso não conhecido.”

(STJ, REsp nº 222.778/SP, 5ª Turma, Relator Min. Edson Vidigal, j. 4/11/99, v. u., DJ 29/11/99, grifos meus)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. COMPROVAÇÃO DE RENDA PER CAPITA NÃO SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. ‘1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e

determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.’ (REsp 464.774/SC, da minha Relatoria, *in* DJ 4/8/2003).

2. ‘Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.’ (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o enunciado nº 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea ‘c’ do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea ‘a’.

4. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AGA nº 507.707/SP, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 9/12/03, v. u., DJ 2/2/04)

Outrossim, o E. Ministro da nossa mais alta Corte de Justiça, Ricardo Lewandowsky, ao apreciar a Reclamação nº 4.729/MS, assim se pronunciou:

“Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Subseção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, comarca de Ponta Porã/MS, (fls. 83-91), que determinou o restabelecimento de concessão de benefício assistencial (Lei nº 8.742/93, art. 20) em favor de Pablo Patrick de Souza Mongez (Proc. nº 2005.60.05.001736-3).

A Autarquia Federal reclamante sustenta que a concessão do benefício teria ofendido a autoridade do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, pois a autoridade ora reclamada ‘no julgamento da lide (...) houve por bem

determinar a concessão de benefício assistencial ao autor, dando-lhe interpretação conforme à Constituição, expressamente vedado por este Areópago' (fls. 03).

Reconheço, desde logo, a legitimidade da utilização do instrumento da reclamação por parte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos da decisão plenária na questão de ordem suscitada nos autos da Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Passo a decidir.

Por primeiro, verifico que o ora interessado sofre de 'paralisia cerebral, prejuízo nas funções vegetativas, alteração no sistema sensorio motor oral e retardo no desenvolvimento psicomotor', consoante laudo de fl. 36 emitido pela Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Ponta Porã/MS. A unidade familiar compõe-se de sua mãe e duas irmãs menores (fl. 87).

Cumprе ressaltar, portanto, que o benefício assistencial em questão tem caráter alimentar. Por outro lado, *as informações constantes dos autos apontam a existência de uma renda familiar de apenas R\$ 536,60* (quinhentos e trinta e seis reais e sessenta centavos), *'não tendo dados sobre a natureza do trabalho exercido, se (...) temporário ou por prazo indeterminado'* (fl. 80), *e despesas comprovadas de R\$ 500,00* (quinhentos reais), *limitados, esses gastos, ao mínimo, o que resulta em condições de vida bastante modestas* (fl. 80).

Tendo em consideração essas circunstâncias, bem como os graves riscos à subsistência do interessado, decorrentes da eventual supressão do benefício, indefiro o pedido de medida liminar formulado pela autarquia federal, por entender que, no caso, o periculum in mora milita em favor do interessado. Ouça-se a douta Procuradoria Geral da República. Publique-se. Brasília, 25 de outubro de 2006." (DJU de 1º/11/06, grifos meus)

Esse foi o superior entendimento que, afastando-se sabiamente

do critério puramente objetivo constante da norma, foi sufragado no voto condutor, o qual venho adotando, igualmente, no âmbito da Turma.

Outrossim, nos termos do art. 34, do Estatuto do Idoso, deve-se descontar outro benefício no valor de um salário mínimo já concedido a qualquer membro da família, para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

Embora a lei refira-se a outro *benefício assistencial*, nada impede que se interprete a lei atribuindo-se à expressão também o sentido de *benefício previdenciário*, de forma a dar-se tratamento igual a casos semelhantes. A avaliação da hipossuficiência tem caráter puramente econômico, pouco importando o *nomen juris* do benefício recebido: *basta que seja no valor de um salário mínimo*. É o que se poderia chamar de simetria ontológica e axiológica em favor de um ser humano que se ache em estado de penúria equivalente à miserabilidade de outrem.

Nesse sentido, aliás, já decidiu essa E. Terceira Seção conforme ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

“EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INVÁLIDA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR.

I - A extensão dos embargos é adstrita aos limites da divergência que, no caso dos autos, recai unicamente sobre a verificação da hipossuficiência econômica da parte autora.

II - É de se manter a concessão do benefício assistencial à autora, hoje com 61 anos, total e definitivamente incapaz para o trabalho, que vive com uma filha e o *marido, já idoso, o qual percebe aposentadoria no valor de um salário mínimo*.

III - As testemunhas ouvidas afirmam enfaticamente que a autora reside em casa muito simples e faz uso diário de medicamentos.

IV - O rigor na aplicação da exigência quanto à renda mínima, tornaria inócua a instituição desse benefício de caráter social, tal o grau de penúria em que se deveriam

encontrar os beneficiários, além do que, faz-se necessário descontar o benefício de valor mínimo, a que teria direito a parte autora, para o cálculo da renda mensal *per capita*.
V - O conceito de unidade familiar foi esclarecido com a nova redação do § 1º do artigo 21 da Lei nº 9.720/98, que remete ao art. 16 da Lei nº 8.213/91.

VI - Há no conjunto probatório, elementos que induzem à convicção de que a autora está entre o rol dos beneficiários descritos na legislação.

VII - Embargos infringentes não providos.”

(EAC nº 2002.03.099.026301-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. em 22/9/04, DJU de 05/10/04, grifos meus)

No presente caso, observo que auto de constatação (fls. 40/43) e o estudo social (fls. 139/146 e 180/181) acostados aos autos demonstram que o autor reside com sua mãe, de 68 anos e suas irmãs, Iracema e Rosalina, de 27 e 37 anos, em casa própria, composta por 4 cômodos. A renda familiar mensal é de R\$ 260,00 (um salário mínimo), provenientes da pensão por morte recebida pela mãe do autor e R\$ 300,00, provenientes do salário da irmã Iracema em serviços gerais. A irmã do autor, Rosalina, também apresenta deficiência mental. Os gastos mensais são de R\$ 300,00 de água, R\$ 16,07 de água, R\$ 41,33 de energia elétrica, R\$ 100,00 de medicamentos, R\$ 30,00 de gás de cozinha, R\$ 78,86 de telefone e R\$ 12,00 de leite. O auto de constatação e o estudo social foram elaborados em 28/6/04, 27/1/05 e 12/7/05 (relatório complementar), datas em que os salários mínimos eram de *R\$ 260,00 e R\$ 300,00*.

Nestes termos, não merece reforma a R. sentença no que tange ao deferimento do benefício requerido.

Cumprе ressaltar que o benefício deve ser revisto a cada dois anos, haja vista a expressa disposição legal prevista no art. 21 da Lei nº 8.742/93.

Outrossim, importante deixar consignado que eventuais pagamentos das diferenças pleiteadas já realizadas pela autarquia na esfera administrativa deverão ser deduzidas na fase da execução do julgado.

Conforme documento de fls. 16, a parte autora formulou pedido de amparo social à pessoa portadora de deficiência em 23/6/00, motivo pelo qual o termo inicial da concessão do benefício deve ser fixado na data do pedido na esfera administrativa, conforme precedente jurisprudencial desta E. Corte (AC nº 2002.03.99.025089-7, 1ª Turma, Relator Des. Fed. Johansom di Salvo, v. u., j. 19/11/02, DJU 25/03/03).

Com relação aos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 20 do Código de Processo Civil:

“A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º - O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º - As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º - 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.

(...)”

No presente caso - vencida a Autarquia Federal - admite-se a fixação dos honorários em percentual sobre o valor da condenação, à força de apreciação equitativa, conforme o § 4º do art.

20 do CPC. No entanto, malgrado ficar o juiz liberto das balizas representadas pelo mínimo de 10% e o máximo de 20% indicados no § 3º do art. 20 do Estatuto Adjetivo, não se deve olvidar a regra básica segundo a qual os honorários devem guardar correspondência com o benefício trazido à parte, mediante o trabalho prestado a esta pelo profissional e com o tempo exigido para o serviço, fixando-se os mesmos, portanto, em atenção às alíneas “a”, “b” e “c” do art. 20, § 3º.

Assim raciocinando, entendo que, em casos como este, a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação remunera condignamente o serviço profissional prestado.

No que se refere à sua base de cálculo, devem ser consideradas as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

Neste sentido, merece destaque o julgado abaixo:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTA DE LIQUIDAÇÃO.

1. A verba de patrocínio deve ter como base de cálculo o somatório das prestações vencidas, compreendidas aquelas devidas até a data da sentença.

2. Embargos rejeitados.”

(STJ, Embargos de Divergência em REsp. nº 187.766, Terceira Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, votação unânime, DJU 19.6.00).

Outrossim, incabível, em se tratando de ação condenatória, o seu arbitramento sobre o valor dado à causa, tendo em vista o disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Por fim, observo que o valor da condenação não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nos termos do § 2º, do art. 475, do CPC.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 557, do CPC, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento às apelações do INSS e da autora para explicitar a verba honorária na forma acima indicada e fixar o termo inicial do benefício a

partir do requerimento administrativo.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, baixem os autos à Vara de Origem. Int.

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0032948-39.2006.4.03.9999
(2006.03.99.032948-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA FILOMENA NOGUEIRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE ITAQUAQUECETUBA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Classe do Processo: AC 1140361
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2010

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado extinto Tribunal Federal de Recursos o efeito com base no artigo 267, inciso VIII, do CPC.

Objetiva o réu a reforma da r. sentença alegando, em síntese, ser necessária a renúncia expressa ao direito sobre que se funda a ação.

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.
Após breve relatório, passo a decidir.

O MM. Juiz sentenciante entendeu por bem homologar o pedido de desistência da ação formulado pela parte autora, julgando extinto o processo sem apreciação do mérito, nos moldes do artigo 267, inciso VIII, do Código de Processo Civil. O § 4º do artigo 267 do Código de Processo Civil traz como requisito à homologação do pedido de desistência da ação, depois de decorrido o prazo para a resposta, o consentimento do réu, sendo que tal requisito não é único, devendo se atentar, nos casos em que figurem no pólo passivo a União Federal e suas respectivas autarquias, fundações e empresas públicas, para o disposto no artigo 1º c. c. artigo 3º, da Lei nº 9.469/97 que assim dispõem:

“Art. 1º - O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas

de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.”

(...)

“Art. 3º - As autoridades indicadas no *caput* do art. 1º poderão concordar com pedido de desistência da ação, nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil)”.

Desta maneira, os representantes da União, das autarquias, fundações e empresas públicas federais somente podem concordar com a desistência da ação, nos litígios em que figurem no pólo passivo, se o autor renunciar expressamente ao direito sobre que se funda a ação.

O intuito do legislador foi evitar dano ao erário, garantindo maior segurança nas relações jurídicas, impossibilitando que o autor, na iminência de restar-se vencido na demanda, utilize-se da desistência da ação para, posteriormente, ingressar novamente em juízo, com o mesmo pedido e causa de pedir, visando maior êxito neste novo litígio. Isto porque a sentença que homologa o pedido de desistência da ação extingue o processo sem julgamento do mérito, não fazendo coisa julgada, o que não ocorre na sentença que extingue o processo com base no artigo 269, inciso V, ou seja, quando o autor renuncia o direito sobre o qual se funda a ação, uma vez que esta analisa, mesmo que superficialmente, o mérito da causa, extinguindo o feito com o julgamento do mérito e fazendo coisa julgada material.

Com efeito, é defeso ao INSS concordar com o pedido de desistência da ação, exceto quando haja renúncia da parte autora sobre o direito em que a mesma se funda.

No caso destes autos, a parte autora não renunciou do direito pleiteado, de forma que o Instituto se manifestou no sentido de não concordar com o pedido de desistência formulado pela parte autora. Desta maneira a sentença deve ser anulada e os autos retornarem à Vara de origem para que outra seja proferida, cabendo ao Magistrado de 1ª Instância, prosseguir com a regular instrução do feito e, ao final, proferir novo julgamento.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *dou provimento ao recurso de apelação do INSS* para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem para prosseguir com a instrução do feito, e ao final, proferir novo julgamento.

Decorrido “in albis” o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES -
Relator

- Sobre a necessidade de o autor renunciar expressamente ao direito sobre o qual se funda a ação para que os representantes da União, das autarquias, fundações e empresas públicas federais possam concordar com a desistência da ação, veja também os seguintes julgados: AC 2001.03.99.011544-8/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 74/264 e AC 2005.03.99.007405-1/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/473.

APELAÇÃO CÍVEL
0013654-30.2008.4.03.9999
(2008.03.99.013654-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DE LOURDES MINSONI VAITZ
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE URUPÊS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AC 1292420
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/11/2010

Desistência

Cuida-se de pedido relativo à concessão de benefício assistencial.

Regularmente processada, foi a demanda julgada procedente (fls. 125/128), sendo concedido à autora o benefício pretendido, no valor de 1 salário mínimo.

Inconformado, apelou o INSS (fls. 133/138) e a autora apresentou recurso adesivo (fls. 147/150).

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Parecer do Ministério Público a fls. 162/172.

A fls. 175, a autora atravessou petição, pleiteando a desistência da ação, com sua consequente extinção e arquivamento.

Instado a manifestar-se, o INSS concordou com o pedido de desistência (fls. 181).

É a síntese do necessário.

O art. 3º, da Lei nº 9.469/97 dispõe que os dirigentes das Autarquias e o Advogado-Geral da União podem concordar com o pedido de desistência da ação nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação.

Contudo, tenho que a referida disposição legal é uma diretriz voltada aos procuradores da União Federal, das Autarquias e Fundações Públicas, não abrangendo o magistrado, que, em casos específicos, poderá homologar o pedido de desistência da ação, se devidamente justificado, avaliando a necessidade ou não de aceitação da parte contrária, acerca desse pedido.

Afinal, a homologação do pedido de desistência em si não implica, a *priori*, qualquer prejuízo ao INSS. Nesse sentido, já decidiu o E. STJ (RT 761/196, RT 782/224 e RT 758/374).

Mesmo porque, a orientação de que a desistência independe da anuência da parte contrária vem sendo esboçada no E. Superior de Justiça e deve ser seguida.

Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. ATO UNILATERAL. ADESÃO AO BENEFÍCIO INSTITUÍDO PELA MP Nº 66/2002. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA.

1. Admitem-se como agravos regimentais os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. A desistência é ato unilateral e pode ser requerida a qualquer tempo, independentemente de anuência da parte contrária. (grifei)
3. A sucumbência é ônus processual que se impõe quando há desistência da ação, por força do previsto no art. 26, *caput*, do Código de Processo Civil.
4. Como as decisões homologatórias de desistência têm cunho eminentemente declaratório, utiliza-se como referência para a fixação dos honorários advocatícios a regra da equidade inscrita no art. 20, § 4º, do CPC, e, nesse caso, nada impede que seja empregado como parâmetro, inclusive por ser mais benéfico ao contribuinte, o limite máximo imposto pelo art. 5º, § 3º, da Lei nº 10.189/2001.
5. Embargos declaratórios opostos pelo INSS recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.
6. Embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional recebidos como agravo regimental ao qual se dá provimento para fixar a verba honorária no percentual de 1% (um

por cento) sobre o valor do débito consolidado.”
(STJ - EDAG: 422430 - SC; Data da decisão: 18/05/2004;
Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA)

Por essas razões, homologo o pedido de desistência da ação formulado, para que produza seus devidos e legais efeitos.

Em consequência, julgo extinto o processo, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VIII, do Código de Processo Civil e no artigo 33, VI, do Regimento Interno deste E. Tribunal. Prejudicadas as análises da apelação e da remessa oficial. Descabida a condenação em honorários, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

P. I., baixando os autos, oportunamente, à Vara de origem.
São Paulo, 18 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre a possibilidade de homologação do pedido de desistência da ação considerando as disposições da Lei nº 9.469/97, veja também os seguintes julgados: AC 2001.03.99.011544-8/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 74/264 e AC 2005.03.99.007405-1/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/473.

RECURSO ADMINISTRATIVO
0043212-71.2008.4.03.0000
(2008.03.00.043212-7)

Recorrente: TACIANO FANTI DA SILVA NUNES
Recorrida: VALERIA DA SILVA NUNES
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: RecAdm 708
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/09/2010

DESPACHO

Trata-se de recurso administrativo interposto por Taciano Fanti da Silva Nunes, com fundamento no artigo 5º, do Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região e artigo 46, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte Regional, em face da decisão proferida pelo Conselho de Administração e Justiça, que, apreciando anterior recurso administrativo, negou-lhe provimento, mantendo a r. decisão do eminente Desembargador Federal André Nabarrete, à época Corregedor Regional, que entendeu pelo arquivamento do Expediente Administrativo nº 2007.01.0525, instaurado para apurar eventual conduta irregular atribuída à eminente Juíza Federal Valéria da Silva Nunes, ao fundamento que os fatos apontados pelo reclamante não representavam indícios suficientes para apresentação de acusação perante o Órgão Especial, com o fim de instauração de processo administrativo disciplinar (fls. 216/274).

Nas razões do presente recurso, desta feita endereçado ao E. Órgão Especial, o reclamante aduz que é indevida a decisão que determinou o arquivamento do feito, pois constam dos autos elementos que evidenciam a prática de conduta irregular pela MM. Juíza Federal reclamada.

Alega, inicialmente, que é inconstitucional o dispositivo dos Regimentos Internos do Conselho da Justiça Federal e desta Corte Regional, por permitir que o recurso anteriormente apresentado fosse relatado pelo próprio Corregedor Regional.

Afirma o recorrente que houve cerceamento do direito de defesa, posto que, o eminente Corregedor Regional não autorizou

a indicação de outras provas que pretendia produzir nem mesmo sua manifestação acerca daquelas juntadas aos autos, ao argumento de que se trata de procedimento preliminar que tem natureza inquisitória.

Alega, ainda, que os depoimentos colhidos nos presentes autos são contraditórios, diferentemente do quanto considerado nos fundamentos da r. decisão recorrida. Tais contradições aliadas as demais provas dos autos estariam a demonstrar a conduta irregular da eminente magistrada reclamada e a existência de indícios da prática de ato contrário ao seu dever funcional.

Pugnou ao final seja apreciado o presente recurso pela Corte Especial deste E. Tribunal, para o fim de ser reconhecido o apontado cerceamento de defesa ou, não sendo esse o entendimento, para que se dê continuidade à apuração de suposta conduta irregular praticada pela MM. Juíza Federal reclamada.

Distribuído regularmente este recurso administrativo a minha relatoria, apresentadas as contrarrazões da recorrida (fls. 311/312), vieram os autos conclusos.

É o breve relatório. Decido.

Na situação em tela verifica-se que o recorrente se insurge contra decisão colegiada do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que ao apreciar recurso anterior do reclamante, negando-lhe provimento, entendeu por manter a decisão do eminente Corregedor Regional que determinou o arquivamento do Expediente Administrativo nº 2007.01.0525, consoante acima explicitado.

É de se ressaltar, inicialmente, que a Constituição Federal, como cláusula de extensão dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, reconhece expressamente aos litigantes e aos acusados, em processo judicial ou administrativo, o direito a instância recursal, ou seja, a garantia de que o caso decidido monocraticamente possa ser submetido à apreciação ou à possibilidade de revisão por órgão colegiado ou Tribunal competente (artigo 5º, incisos LIV e LV). Decorre daí que, o imprescindível é que se oportunize ao interessado ou jurisdicionado a via recursal, não o sujeitando a decisão de órgão monocrático, devido a possibilidade de estar contaminada por

algun erro ou vício de julgamento.

Ora, segundo o que dispõe o artigo 4º, inciso XXI, do Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, compete a este órgão colegiado o conhecimento de recursos administrativos interpostos contra atos praticados pelo Corregedor Regional. Logo, a instância recursal do Órgão Especial de que trata o artigo 5º, do mesmo Regimento Interno, deverá ser provocada quando se tratar de decisão do Conselho de Justiça Federal, tomada em atos ou procedimentos de sua competência originária exclusiva, inclusive em consonância com o que dispõe os artigos 45, parágrafo único e 46, parágrafo único, ambos do Regimento Interno desta Corte Regional.

Esclarecedor, ainda, acerca da competência recursal específica do Órgão Especial, na matéria em discussão, é o teor do artigo 38, que em seu parágrafo único afirma que, sendo a decisão proferida pelo Conselho de Administração, quando da apreciação de seus atos normativos, o recurso administrativo deverá ser dirigido ao Plenário.

No caso dos presentes autos, como se pode observar do quanto relatado acima, o reclamante já havia se utilizado da via recursal apropriada junto ao Conselho de Justiça Federal, sendo-lhe vedado a repetição da mesma instância recursal, todavia, dirigindo sua irrisignação ao colendo Órgão Especial.

A propósito, o colendo Órgão Especial já teve a oportunidade de firmar entendimento de que não se permite a interposição de recurso administrativo contra decisões do Conselho da Justiça Federal, proferidas no exercício de sua competência recursal. Admitir a possibilidade de franquear-se ao reclamante manejar um segundo recurso, seria admitir a existência de outra instância administrativa, uma instância extraordinária ou uma terceira instância administrativa, o que, por certo, subverteria o sistema recursal admitido pelos dispositivos regimentais antes mencionados.

De modo que não possui o colendo Órgão Especial competência recursal para apreciação e revisão de decisões oriundas do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região e proferidas em sede

de recursos administrativos interpostos contra decisões monocráticas do Corregedor Regional.

A propósito da matéria são os seguintes julgados desta egrégia Corte Regional:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO. DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO ÓRGÃO ESPECIAL.

I - Não cabe ao Órgão Especial rever matéria já apreciada pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, quando do exame de recursos a ele dirigidos (arts. 38, parágrafo único e 46, do Regimento Interno desta Corte).

II - Admitir-se tal via de impugnação, implicaria a criação de uma terceira instância administrativa, não prevista. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso Administrativo não conhecido.”

(TRF 3ª Região, Órgão Especial. PA nº 2008.03.00.001539-5, relator Des. Federal Roberto Haddad, julgado em 29/04/2009, v. u., publicado em 11/05/2009).

“RECURSO ADMINISTRATIVO - DECISÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL EM GRAU DE RECURSO - NÃO CONHECIMENTO - PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Órgão Especial desta Corte Regional a revisão de decisões emanadas do Conselho da Justiça Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em grau de recurso. Precedentes.

2. Recurso não conhecido.”

(TRF 3ª Região, Órgão Especial. PA nº 2008.03.00.001539-5, relator Des. Federal Roberto Haddad, julgado em 29/04/2009, v. u., publicado em 11/05/2009).

Por todo o exposto, demonstrado ser incabível a interposição desta irresignação, não restando competência recursal ao Órgão Especial no caso dos autos, consoante os precedentes acima

transcritos, nego seguimento ao presente recurso, nos termos do que dispõe o artigo 19, alínea “d”, do Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região e artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta E. Corte Regional.

Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 23 de agosto de 2010.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

- Sobre a impossibilidade de interposição de recurso ao Órgão Especial contra decisões proferidas pelos Conselhos já no exercício de sua competência recursal, veja também o seguinte julgado: PA 2006.03.00.113123-0/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicado na RTRF3R 82/193.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0001636-30.2010.4.03.0000
(2010.03.00.001636-9)

Parte Autora: ELZA TORRES COELHO
Parte Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: CC 11961
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2010

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em face da Caixa Econômica Federal por meio da qual a parte autora pretende a recomposição de expurgos inflacionários sobre saldo depositado em conta poupança decorrentes do chamado “Plano Collor”.

Inicialmente o feito foi distribuído perante o Juizado Especial Federal de Santos, tendo aquele Juízo declinado da competência para o Juizado Especial Federal de São Paulo.

Na decisão declinatória, aquele Juízo entendeu pela ilegitimidade passiva da CEF e incluiu, de ofício, o Banco Central do Brasil no pólo passivo, determinando a remessa dos autos ao Juizado de São Paulo pelo fato de o novo réu não possuir representação em Santos.

Considerando que “a ação não foi ajuizada contra o BACEN, não tendo havido emenda à petição inicial”, o MM. Juiz do JEF - São Paulo suscitou o presente conflito negativo de competência.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do conflito, remetendo-o a uma das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo.

É o relatório.

Decido.

Nada obstante as ponderações do i. representante do Ministério Público Federal, o certo é que, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, baseando-se no julgado proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal em 26.08.2009 (RE nº 590.409/RJ), concluiu que é do Tribunal Regional Federal a competência para

dirimir conflitos entre juízes federais de Juizados Especiais Federais, ainda que de seções judiciárias diversas, por estarem vinculados àquela Corte.

A propósito:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DE SEÇÕES JUDICIÁRIAS DISTINTAS, MAS VINCULADOS AO MESMO TRIBUNAL. COMPETÊNCIA DO TRF RESPECTIVO.

1. Era jurisprudência pacífica nesta Corte que os Juizados Especiais, previstos no art. 98 da Constituição da República e criados no âmbito federal pela Lei nº 10.259/01, não se vinculavam ao Tribunal Regional Federal respectivo, tendo suas decisões revistas por turmas recursais formadas por julgadores da 1º Instância da Justiça Federal.

2. Assim, entendia-se que o conflito entre um Juiz de Juizado Especial Federal e um Juiz Federal caracterizava conflito entre juízes não vinculados ao mesmo tribunal, incidindo a regra do artigo 105, inciso I, alínea ‘d’, da Constituição da República.

3. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, na assentada de 26.08.09, ao julgar o RE 590.409/RJ, da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, concluiu que compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal da mesma Seção Judiciária.

4. Se é do Tribunal Regional Federal a competência para dirimir o conflito entre juiz federal e juizado especial federal a ele vinculados, não há como afastar sua competência para dirimir conflitos entre juízes federais de Juizados Especiais Federais, ainda que seções judiciárias diversas, por também estarem vinculados àquela Corte.

5. Conflito de competência não conhecido, com remessa dos autos ao TRF da 1ª Região.” (Primeira Seção, CC nº 107.438, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 23/10/2009.)

Por fim, vale destacar que a Corte Especial do STJ, em alinhamento à orientação do STF, cancelou o enunciado sumular nº 348 ao julgar o CC nº 107.635/PR na sessão do dia 17.3.2010.

Superada a questão relativa à competência para dirimir o presente Conflito, observa-se que, de fato, a ação não foi ajuizada contra o BACEN e não houve emenda à petição inicial.

Não pode a parte, devidamente assistida por advogado, ser compelida a litigar em face de quem não indicou em sua petição inicial. No mais, resta claro pela leitura da petição inicial que a parte autora pretende a recomposição monetária dos valores não bloqueados (inferiores a NCz\$ 50.000,00) e que, portanto, permaneceram à disponibilidade em conta mantida junto ao banco depositário (CEF), o que indica a ilegitimidade do Bacen.

Diante disso, não cabe o declínio da competência pela aplicação do art. 4º, I da Lei 9.099/95, em função do domicílio de quem não é réu no referido processo.

A esse respeito recentemente pronunciou-se o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região através da C. 2ª Seção, conforme a seguinte ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2009.03.00.041666-7/SP
“EMENTA CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS (SANTOS/SÃO PAULO). POLO PASSIVO DA DEMANDA ORIGINÁRIA - ALTERAÇÃO DE OFÍCIO - DESCABIMENTO.
1. Trata-se de Conflito Negativo de Competência em que figura como suscitante o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo e como suscitado o Juizado Especial Federal Cível de Santos. Discute-se a competência para análise e julgamento de ação de cobrança ajuizada em face da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de creditamento em conta de poupança de valor referente a ‘correção monetária de acordo com a variação do INPC, nas contas com as datas aniversário entre 01 a 28 de fevereiro de 1991, e não pela TR’.

2. O d. Juízo suscitado entendeu ser a CEF parte ilegítima no feito. Com este entendimento, determinou a inclusão no polo passivo do Bacen e a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, por ser nesta localidade que o Bacen possui representação.

3. Sem adentrar o mérito da questão de qual seria o legitimado passivo no caso da ação que originou o presente Conflito (Caixa Econômica Federal ou Banco Central do Brasil), fato é que os autores optaram por ajuizar a ação de cobrança em face da CEF. Em tais casos, se o d. Juízo, ao analisar a inicial, entender que o polo passivo indicado está incorreto, poderá ordenar a sua correção e, se não atendida a determinação, extinguir o feito sem análise do mérito (artigo 267, inciso VI, do CPC). Não pode, no entanto, alterar de ofício o polo passivo, determinando a inclusão de ente em face do qual os autores não optaram por litigar. Assim, a consequente declinação da competência foi descabida. Precedente desta Corte: TRF3, Quarta Turma, Processo 2001.03.00.027380-8, AG 137983, Relatora Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJU em 18/10/02, página 506.

4. Conflito negativo de competência julgado procedente, reconhecendo-se a competência do Juízo Federal suscitado.” São Paulo, 02 de março de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

Destaco, ainda, que a questão não se relaciona à competência do Juizado Especial Federal da Capital para ações em que o Banco Central é réu, mas sim se pode ocorrer sua inclusão de ofício no polo passivo com o decorrente deslocamento da competência.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 120, parágrafo único, do CPC, julgo procedente o Conflito para declarar competente o Juizado Especial Federal de Santos para julgamento da demanda subjacente.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

- Sobre RE 590.409/RJ estabelecendo a competência do TRF para dirimir conflitos envolvendo juízes dos Juizados Especiais Federais, veja também a decisão proferida no CC 0038725-24.2009.4.03.0000/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, publicada na RTRF3R 102/107.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0025291-31.2010.4.03.0000
(2010.03.00.025291-0)

Agravante: PEDREIRA DE FREITAS S/C LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AI 415727
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2010

DECISÃO

Insurge-se a agravante contra decisão que, em ação de conhecimento pelo rito comum ordinário, indeferiu o pedido de levantamento dos valores depositados que excedam ao débito consolidado, bem assim determinou que a conversão em renda em favor da União Federal somente deva ocorrer após o trânsito em julgado da ação, não obstante tenha ocorrido a adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09.

Aduz estar prevista no art. 10 da referida lei “a possibilidade do contribuinte se utilizar dos depósitos judiciais para quitação do tributo discutido no processo, com o conseqüente levantamento do saldo remanescente” (fl. 07), tendo sido a questão regulamentada pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/09.

Afirma inexistirem dúvidas “acerca da existência de eventual saldo remanescente dos depósitos judiciais efetuados em julho/2003 a outubro/2008 a ser levantado pela agravante”, na medida em que a lei que instituiu o parcelamento em comento prevê “a redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício, de 40% (quarenta por cento) das isoladas, de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora e de 100% (cem por cento) sobre o valor do encargo legal”. Nesse diapasão, sustenta ser de rigor o levantamento da diferença, porquanto “os valores depositados em juízo pela agravante encontram-se atualizados pela Taxa Selic acumulada e os débitos consolidados, após a redução dos percentuais previstos na Lei 11.941/09, correspondem ao valor atualizado do depósito judicial, reduzidos os juros em 45%” (fl. 08).

Assevera haver formulado pedido de desistência do feito na mesma oportunidade em que requereu o levantamento dos valores depositados, em cumprimento às exigências constantes da Lei nº 11.941/09 e da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/09.

Argumenta não ser possível a aplicação das restrições impostas pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 10/09 à Portaria 6/09, “uma vez que as normas nela contidas são contrárias ao disposto no art. 32 da Lei 11.941/09, bem como se trata de regulamentação feita em data posterior à estipulada na Lei 11.941/09” (fl. 11).

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

A agravada apresentou resposta (fls. 158/161).

DECIDO.

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

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

Pretende a agravante, em síntese, o reconhecimento da incidência dos benefícios previstos na Lei nº 11.941/09 para os casos de opção pelo pagamento do débito à vista, de molde a acarretar “(i) o levantamento do valor excedente dos depósitos judiciais efetuados nos autos da ação de repetição de indébito nº 0018396-05.2001.4.03.6100 (2001.61.00.018396-3), relativos às competências de 06/2003 a 09/2008” e “(ii) a conversão em renda em favor da União Federal de parte dos depósitos judiciais efetuados nos autos da ação de repetição de indébito 0018396-05.2001.4.03.6100 (2001.61.00.018396-3), relativos às competências de 06/2003 a 09/2008, a fim de que seja extinta a obrigação tributária (art. 156, VI, CTN)” - fl. 19, afastando-se a vedação de adesão contida na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 10/09, nos casos em que houver decisão judicial transitada em julgado.

No entanto, representaria supressão de grau de jurisdição

decidir a questão ora proposta pela agravante - a legalidade da vedação imposta pela mencionada portaria - matéria que não foi objeto de apreciação pelo Juízo da causa.

Nesse diapasão, trago à colação precedente desta C. Sexta Turma, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO. LEVANTAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA.

I - Transitado em julgado o acórdão proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, restando reconhecida a incidência do Imposto de Renda Pessoa Física sobre os valores pagos pelo seu antigo empregador a título de gratificação especial por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, cujo valor encontra-se depositado nos autos originários por determinação judicial.

II - Pretende-se a parcial conversão em renda da União Federal e o levantamento do remanescente, apurado após aplicados os benefícios decorrentes de suposta adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09, vedada após o trânsito em julgado por disposição contida na Portaria nº Conjunta PGFN/RFB nº 10, a qual requer seja declarada ilegal em relação a esse aspecto.

III - Hipótese na qual a discussão acerca da vedação contida na aludida portaria constitui matéria estranha aos autos originários e que, somente poderia ser analisada via ação própria, não havendo, no caso, sequer a comprovação de que o Agravante pleiteou a adesão na via administrativa.

IV - Há acórdão desfavorável ao Agravante, transitado em julgado, de modo que o valor depositado deve ser convertido em renda da União.

V - Agravo de instrumento improvido.”

(Agravo de Instrumento nº 2010.03.00.001690-4, Rel. Des. Fed. Regina Costa, j. 30/09/2010, DJe 11/10/2010).

Outrossim, ainda que assim não fosse, também não há

prova definitiva de que o agravante tenha optado, regular e tempestivamente, pela opção de pagamento à vista, nos termos da lei 11.941/2009, e, no mesmo passo, não se mostra desarrazoada a vedação imposta à incidência do abatimento sobre os juros de mora efetivamente depositados, denotando-se que, no caso, apenas o principal foi depositado.

Dessarte, considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente neste momento de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante não demonstrou a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

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

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0061169-07.1997.4.03.6100
(1999.03.99.097363-8)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 214/219
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MIRO CONSTRUTORA LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AMS 195534
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS DOS AVULSOS, AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. ART. 3º, INCISO I DA LEI Nº 7787/89 E ART. 22, INCISO I DA LEI Nº 8.212/91. PRAZO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRECEDENTES DO STJ. LIMITAÇÃO À COMPENSAÇÃO DO § 3º DO ART. 89 DA LEI 8.212/91. LEI Nº 11.941/2009. PROVIMENTO PARCIAL.

1. O art. 557 do CPC não menciona jurisprudência pacífica, o que, na verdade poderia tornar inviável a sua aplicação. A referência à jurisprudência dominante revela que, apesar de existirem decisões em sentido diverso, acabam por prevalecer, na jurisprudência, as decisões que adotam a mesma orientação invocada pelo relator.

2. Não merece reparos a decisão recorrida quanto ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, posto que em consonância com firme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça - Embargos de Divergência 435.835/SC.

3. Mesmo em caso de tributo tido como inconstitucional

pelo STF, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal, a prescrição do direito de pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

4. A nova regra da Lei Complementar 118/05 somente poderá ser aplicada a partir de 09 de junho de 2005, quando completada a *vacatio legis* de 120 dias prevista na lei. Como o presente feito foi distribuído em 19 de dezembro de 1997, deverá ser analisado de acordo com a jurisprudência até então dominante - 10 (dez) anos, a contar da data do fato gerador.

5. Concernente à revogação da limitação do § 3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941/2009, razão assiste à agravante, até porque, revendo posicionamento anterior e, em face da nova orientação da C. Corte Superior, apesar da revogação do § 3º do art. 89 da Lei 8.212/91, operada pela Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, a controvérsia, conforme salientado pelo Min. Castro Meira, no julgamento do REsp - 1170425 (DJE de 17/05/2010), “em verdade, encontra solução no princípio *tempus regit actum*”, de modo que seria inviável apreciar o pedido de compensação à luz do direito superveniente, “porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias”.

6. Como a ação foi proposta em 19 de dezembro de 1997, quando estava vigente a redação atribuída ao § 3º do art. 89 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.129/95, “a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência”.

7. Agravo legal provido parcialmente.

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 parcial provimento ao agravo legal, tão-somente para limitar a compensação em 30% do valor a ser recolhido em cada competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2010.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *agravo legal* em face da r. decisão de fls. 214/219 que, nos termos do art. 557, *caput* do Código de Processo Civil, negou seguimento à remessa oficial e ao recurso de apelação. Com relação ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o entendimento adotado seguiu jurisprudência da Corte Superior, de que seria de 10 (dez) anos, a contar da data do fato gerador.

Nesta sede, a agravante (UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL) sustenta que foi incorreta a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil, eis que não há jurisprudência pacífica acerca da prescrição. Alega que é de imediata aplicabilidade a norma inscrita no art. 3º da LC 118/2005, pela qual ficam espancadas todas as dúvidas referentes ao termo *a quo* do prazo prescricional.

Assevera, também, que, quanto à revogação das limitações do art. 89 da Lei nº 8.212/91, não houve recurso da impetrante, importando, assim, preclusão.

Pleiteia, ao final, a reconsideração da r. decisão ou que seja o feito submetido à apreciação do E. Colegiado.

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

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

Sustenta a agravante que a matéria tratada nos autos, acerca do prazo prescricional, não é pacífica, de modo que seria indevida a sua apreciação sob a forma do art. 557 do CPC.

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

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

Assim, após análise detida dos autos, entendo que não merece reparos a decisão recorrida quanto ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, posto que em consonância com firme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça. Em consequência, como não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste relator, peço vênias para transcrever os fundamentos da decisão

agravada nessa questão do prazo prescricional, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo legal:

“Pretende a impetrante compensar créditos provenientes da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários dos *autônomos e administradores*, instituída pelo art. 3º, inciso I da Lei nº 7.787/89 e, posteriormente, pelo art. 22, inciso I da Lei nº 8.212/91, recolhidos indevidamente, referente ao período de janeiro de 1992 a setembro de 1995.

O exame dos elementos referidos nos autos impõe que se analise, preliminarmente, a questão pertinente ao *prazo prescricional* para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação. Cumpre ressaltar que a contribuição previdenciária em foco sujeita-se ao lançamento por homologação, no qual cabe ao contribuinte oferecer à autoridade as informações quanto ao fato gerador do tributo, apurar o valor respectivo e efetuar, desde logo, o pagamento. À autoridade administrativa cabe a homologação, seja expressa ou tácita, e, com essa, os atos praticados pelo contribuinte ganham valorização jurídica.

Vale dizer, assentadas tais premissas, que para essa modalidade de lançamento (por homologação) dispõe o artigo 168 do Código Tributário Nacional que o prazo quinquenal de repetição (restituição ou compensação) de que dispõe o contribuinte somente se inicia após o decurso de cinco anos a partir do fato gerador, salvo havendo homologação expressa do Fisco, quando o prazo tem início imediatamente após essa providência, conforme disposto no parágrafo 4º do artigo 150 do mesmo diploma. Assim, a prescrição começaria a correr após o término do período de 5 (cinco) anos da homologação.

Apreciando situações análogas, vinha entendendo que o prazo prescricional de cinco anos teria início a partir da publicação da Resolução nº 14 do Senado Federal, que

suspendeu a execução da norma tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se: AC - 854179, Primeira Turma, DJU 18/11/2004, p. 296; AMS - 232906, Primeira Turma, DJU 23/09/2004, p. 148; AC - 740864, Primeira Turma, DJU 23/09/2004, p. 149.

Ocorre que tal posicionamento restou superado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento dos Embargos de Divergência 435.835/SC, passou a entender que a ‘sistemática dos cinco mais cinco’ também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo que tenha havido Resolução do Senado Federal nos termos do art. 52, X da Constituição Federal.

Assim, mesmo em caso de tributo tido como inconstitucional pelo STF, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal, a prescrição do direito de pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Cabe registrar, por necessário, que a Lei Complementar nº 118 de 09.02.05, trouxe nova disposição com relação ao prazo prescricional. Vale dizer, determina, em caráter interpretativo, que se considere o prazo de cinco anos a contar da antecipação a cargo do contribuinte e acrescenta, em seu artigo 4º, que deverá ser observada a regra do inciso I do artigo 106 do Código Tributário Nacional, autorizando a aplicação da lei ao fato pretérito, estabelecendo em seu preceito final que o novo diploma legal somente entrará em vigor após decorrido cento e vinte dias.

Examinando essa inovação legislativa, o C. Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimo acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira (REsp nº 739.148-SP), entendeu que ‘O escopo dessa *vacatio legis* (120 dias) foi, certamente, permitir que os processos já distribuídos sejam julgados dentro da antiga orientação, postergando-se

a aplicação da nova lei após o prazo nela previsto, tendo em vista a jurisprudência já assentada sobre a matéria'. Acrescentou, em seguida, que '(...) em 27 de abril de 2005, no julgamento do EREsp nº 327.043/DF (acórdão ainda não publicado), a Primeira Seção decidiu que a nova regra da Lei Complementar 118/05 somente poderá ser aplicada a partir de *09 de junho de 2005*, quando completada a *vacatio legis* de 120 dias prevista na lei'.

Desse modo, como o presente feito foi distribuído em *19 de dezembro de 1997* deverá ser analisado de acordo com a jurisprudência até então dominante, ou seja, tratando-se de lançamento por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo prescricional para pleitear a restituição ou a compensação do tributo é, conforme já mencionado, de 10 (dez) anos, a contar da data do fato gerador.

Na espécie, tendo sido a demanda ajuizada, conforme salientado, em *19.12.1997*, não se encontram fulminados pela prescrição os recolhimentos relativos às competências referidas na inicial”.

Concernente à revogação da limitação do § 3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941/2009, razão assiste à agravante, até porque, revendo posicionamento anterior e, em face da nova orientação da C. Corte Superior, apesar da revogação do § 3º do art. 89 da Lei 8.212/91, operada pela Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, a controvérsia, conforme salientado pelo Min. Castro Meira, no julgamento do REsp - 1170425 (DJE de 17/05/2010), “em verdade, encontra solução no princípio *tempus regit actum*”, de modo que seria inviável apreciar o pedido de compensação à luz do direito superveniente, “porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias”.

Desse modo, como, no caso vertente, a ação foi proposta

em 19 de dezembro de 1997, quando estava vigente a redação atribuída ao § 3º do art. 89 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.129/95, “a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência”.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao presente agravo legal, tão-somente para limitar a compensação em 30% do valor a ser recolhido em cada competência.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0071112-83.2000.4.03.9999
(2000.03.99.071112-0)

Agravante: EUCLIDES JACKSON DE OLIVEIRA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: EUCLIDES JACKSON DE OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE SÃO VICENTE - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 648336
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO E A EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em concordância com a Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora incidem até a data da homologação judicial dos cálculos. Nos períodos subsequentes - entre a data da homologação e a da inscrição do precatório e entre esta e a do pagamento -, não se pode cogitar de atraso no cumprimento da obrigação pecuniária.

2. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 04 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela parte Autora contra decisão monocrática que negou provimento à apelação da parte Autora e reconheceu a impossibilidade de incidência de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos e a da expedição do precatório.

Alega a agravante, em síntese, que a decisão recorrida deve ser reformada pois há mora do Poder Público no período compreendido entre a homologação da conta e a emissão do precatório. Pede a reconsideração da decisão ou, caso seja mantida, que o agravo seja levado à apreciação da Turma.

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

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Em concordância com a Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal - “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos” - e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora incidem até a data da homologação judicial dos cálculos. Nos períodos subseqüentes - entre a data da homologação e a da inscrição do precatório e entre esta e a do pagamento - não se pode cogitar de atraso no cumprimento da obrigação pecuniária:

“PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO E A INSCRIÇÃO DO PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.

1. A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento de recurso especial processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que, no lapso compreendido entre a homologação da *conta de liquidação* e a expedição do precatório, não há *mora* da Fazenda Pública que determine a incidência de juro.
2. Segundo entendimento firmado em recurso representativo da controvérsia, 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.
3. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
4. Agravo regimental improvido.”
(STJ, AgRg 1132043, Relator Jorge Mussi, Quinta Turma, DJ 18/02/2010, Dje 15/03/2010).

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

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

- Sobre a Súmula Vinculante nº 17, veja também o seguinte julgado: AC 0053906-75.2008.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 102/220.

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO
0017189-69.2005.4.03.9999
(2005.03.99.017189-5)**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSE CARLOS DA SILVA
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MONTE ALTO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ApelReex 1022103
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPEIÇÃO DE PERITO. INEXISTÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES POR MOTIVO DE INCAPACIDADE.

1. A preliminar de nulidade da sentença não se sustenta: a suspeição de perito deve ser alegada no prazo de quinze dias a partir do momento em que a parte teve ciência da nomeação (artigos 138 III, e 305 do Código de Processo Civil). O INSS, assim que o juiz determinou a produção de prova pericial, tinha condições de aferir a suspeição, pois bastaria comparar as credenciais do perito designado com as do profissional que expediu o atestado de fls. 07. Porém, deixou para fazê-lo apenas em razões de apelação, o que ocasionou preclusão;

2. Ademais, a simples emissão de atestado não se enquadra nas hipóteses de suspeição de peritos. Poder-se-ia cogitar do inciso IV do artigo 135 do Código de Processo Civil, na medida em que o profissional poderia ter aconselhado o Autor acerca do objeto da causa. Ocorre que o atestado não contém juízo de valor a respeito do estado de saúde, tanto que não indica a doença e o grau de

comprometimento da capacidade laborativa. Restringiu-se, na verdade, o perito a encaminhar o paciente às agências do INSS;

3. Quanto à qualidade de segurado, verifica-se que o Autor é portador de esquizofrenia desde os dezoito anos de idade e, no curso da vida, as manifestações da doença foram constantes e intensas. O perito concluiu pela incapacidade total e permanente para o trabalho e, quando chegou o Autor a exercer atividade laboral, fê-lo em condições precárias e por pura necessidade. Assim, não perde a filiação previdenciária o segurado que deixou de contribuir por estar incapacitado para o trabalho;

4. O juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão;

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

6. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2010.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de agravo legal, previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto contra decisão monocrática

que negou provimento à apelação do INSS e manteve a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Aduz, em síntese, a Autarquia Previdenciária, que merece reparo a decisão ora hostilizada, pois o laudo pericial foi elaborado por médico pessoal do Autor, o que caracteriza hipótese de suspeição. A sentença seria, então, nula, por ser basear em prova ilegítima. Ademais, houve a perda da qualidade de segurado.

Aguarda, assim, a reconsideração do *decisum*, ou, se houver siso em mantê-la, que se apresentem as razões do agravo à Colenda Turma para julgamento.

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

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): De início, observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

A preliminar de nulidade da sentença não se justifica: em primeiro lugar, a suspeição de perito deve ser alegada no prazo de quinze dias a partir do momento em que a parte teve ciência

da nomeação (artigos 138 III, e 305 do Código de Processo Civil). O INSS, assim que o juiz determinou a produção de prova pericial, tinha condições de aferir a suspeição, pois bastaria comparar as credenciais do perito designado com as do profissional que expediu o atestado de fls. 07. Porém, deixou para fazê-lo apenas em razões de apelação, o que ocasionou preclusão:

“*SUSPEIÇÃO. Perito. Prazo. O direito de argüir a exceção pode surgir a qualquer tempo, mas deve ser exercido no prazo de quinze dias depois de a parte ter conhecimento do fato. Na espécie, o prazo deve ser contado da intimação da nomeação do perito. Art. 305 do CPC. Recurso não conhecido.*”

(STJ, RESP 328767, Relator Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 04/02/2002).

Em segundo lugar, a simples emissão de atestado não se enquadra nas hipóteses de suspeição de peritos. Poder-se-ia cogitar do inciso IV do artigo 135 do Código de Processo Civil, na medida em que o profissional poderia ter aconselhado o Autor acerca do objeto da causa. Ocorre que o atestado não contém juízo de valor a respeito do estado de saúde, tanto que não indica a doença e o grau de comprometimento da capacidade laborativa. Restringiu-se, na verdade, o perito a encaminhar o paciente às agências do INSS.

Assim, sob ambas as perspectivas abordadas, não se pode cogitar de suspeição do perito nomeado.

Quanto à qualidade de segurado, verifica-se que o Autor é portador de esquizofrenia desde os dezoito anos de idade e, no curso da vida, as manifestações da doença foram constantes e intensas. O perito concluiu pela incapacidade total e permanente para o trabalho e, quando chegou o Autor a exercer atividade laboral, fê-lo em condições precárias e por pura necessidade.

Assim, não perde a filiação previdenciária o segurado que deixou de contribuir por estar incapacitado para o trabalho:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES EM RAZÃO DE INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. PERDA DA *QUALIDADE DE SEGURADO*. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA. 1. A Egrégia 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o trabalhador que deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior a doze meses, em razão de estar incapacitado para o trabalho, não perde a *qualidade de segurado*. 2. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.’ (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 3. Recurso especial improvido.”
(STJ, RESP 543629, Relator Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24/05/2004).

D’outra parte cumpre asseverar que a esta INSTÂNCIA REVISORA, por força do artigo 515 do Código de Processo Civil, disciplinando o efeito devolutivo da apelação, acabou sendo transferida a competência para reexaminar a matéria impugnada no recurso e, também, as questões suscitadas e discutidas no processo, embora a sentença não as tenha julgado por inteiro.

No presente feito, o conjunto probatório mereceu nova apreciação deste MM. Órgão Judiciário, em face da permissão contida no artigo 131 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, e que impõe ao julgador poder-dever. Poder no sentido de livremente valorar a prova e dever, no de fundamentar a sua decisão, ou seja, a razão de seu conhecimento.

Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

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

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

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

Desembargador Federal **ANTONIO CEDENHO** - Relator

- Sobre a alegação de suspeição de perito, veja também os seguintes julgados: ExSusp 2001.03.99.021471-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3R 72/337 e AI 2007.03.00.093367-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicado na RTRF3R 97/168.

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0900348-31.2005.4.03.6100
(2005.61.00.900348-3)**

Agravante: AES TIETÊ S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: AES TIETÊ S/A
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: AMS 281487
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2010

EMENTA

AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MATÉRIA APRECIADA NO REGIME DA LEI Nº 11.672/08. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DECLARADOS E PAGOS A DESTEMPO. INAPLICABILIDADE. RETRATAÇÃO. ART. 543-B, DO CPC.

I. Distoou julgado precedente desta Quarta Turma de decisão proferida pela 1ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em 22/out/2008, no julgamento do REsp 886.462-RS. Naquela ocasião foi reconhecida - sob regime da Lei nº 11.672/08, que trata da apreciação de recursos repetitivos - a inaplicabilidade do benefício da denúncia espontânea aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

III. Hipótese de retratação, nada havendo que se reformar da decisão agravada.

IV. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo,

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

São Paulo, 22 de julho de 2010.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de agravo (art. 557, § 1º, do CPC) interposto em face de decisão de retratação proferida com esteio no § 7º, II, do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

Em sessão de 12/06/2008, a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União e à remessa oficial, para manter sentença que reconheceu a ilegalidade da cobrança da multa de mora objeto da denúncia espontânea do débito fiscal apontado nos autos.

A União interpôs recurso especial.

A Vice-Presidência desta Corte, considerando estar a decisão proferida em dissonância com entendimento consolidado no STJ, determinou a devolução dos autos à Turma julgadora para que esta relatora procedesse conforme previsto no artigo 543, § 7º, II do CPC (fls. 352/353).

Promovida a retratação do julgamento precedente para dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, interpôs a impetrante o presente agravo, sustentando haver denunciado espontaneamente seus débitos, pois os valores adimplidos a destempo não integraram qualquer declaração anterior.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

No caso dos autos, o Recurso Especial interposto pela impetrante foi devolvido pela Vice-presidência desta Eg. Corte à

Turma julgadora para que Esta Relatora procedesse conforme previsto no art. 543-C, § 7º, inc. II, do Código de Processo Civil.

Dispõe o § 3º, do art. 543-B, do Código de Processo Civil que os recursos especiais sobrestados na origem, depois de publicado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 88.462-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, pronunciou-se no sentido de que se o crédito foi previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não configura denúncia espontânea o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

Do cotejo do julgado precedente desta Quarta Turma negando provimento à apelação da União e à remessa oficial, para manter decisão que reconheceu a ocorrência da denúncia espontânea, com a decisão proferida pelo C. STJ em sede de recurso repetitivo, evidencia-se a hipótese de retratação, nada havendo que se reformar da decisão agravada.

Finalmente, alega a impetrante a ocorrência da denúncia espontânea, por haver efetuado o pagamento/compensação dos valores devidos antes de informá-lo à administração, entendimento que se coaduna com atual posicionamento da Corte Superior.

Todavia, tratando-se de mandado de segurança, ação que deve ser instruída com provas pré-constituídas, o pagamento antes de qualquer declaração ao fisco deve estar cabalmente demonstrado, hipótese não vislumbrada nos autos. Os documentos acostados (recolhimentos do PIS/COFINS, Recibo de Entrega da Declaração de Compensação - PER/DCOMP e Cartas de Denúncia Espontânea) não são suficientes para evidenciar o pagamento antes de qualquer declaração anterior ao fisco sobre tais valores. A título de exemplificação, a mera entrega de DCTF antes do pagamento (documento, inclusive, não acostado aos autos), afastaria a aplicação do instituto disciplinado no artigo 138 do CTN.

Ante o exposto, voto por *negar provimento* à apelação.
Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

**AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0009606-70.2008.4.03.6105
(2008.61.05.009606-0)**

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 143/144
Interessada: YVONE TODESCHINI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AMS 317165
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2010

EMENTA

AGRAVO LEGAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. SEGURO-DESEMPREGO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DO EMPREGADO. DEMISSÃO INVOLUNTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. BENEFÍCIO DEVIDO.

I. Em agravo, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

II. O acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado estabeleceu o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação volitiva do empregado, o que caracteriza típica demissão involuntária do empregado.

III. Requisitos legais para a concessão do seguro-desemprego preenchidos.

IV. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão monocrática (fls.143/144), que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Insurge-se a UNIÃO contra a concessão do seguro-desemprego. Argumenta no sentido de que a demissão da parte autora ocorreu em razão de ato voluntário em virtude da adesão ao Plano de Desligamento Incentivado (PDI) formulado pela empresa. Afirma que o desligamento da empresa não pode ser caracterizado como involuntário, pois o ex-empregado deu causa à cessação do vínculo empregatício. Invoca o disposto no art. 3º, da Lei 7998/90 para embasar o seu entendimento. Afirma que as verbas levantadas pelo empregado à época da adesão ao PDI são suficientes para prover seu sustento e de sua família, restando afastada a “necessidade econômica” do seguro-desemprego.

Pleiteia o juízo de retratação, ou, em caso negativo, o respeito ao princípio da colegialidade, com a consequente reforma da decisão monocrática.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Trata-se de agravo interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão monocrática (fls.143/144), que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Registro, de início, que “Esta Corte Regional já firmou

entendimento no sentido de não alterar decisão do Relator, quando solidamente fundamentada (...) e quando nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2000.03.00.000520-2, Relatora Des. Fed. Ramza Tartuce, RTRF 49/112).

O presente agravo não merece ser acolhido.

Conforme já assentado na decisão agravada:

“O benefício previsto na Lei 7.998/90, denominado seguro-desemprego, tem como pressuposto a demissão sem justa causa, ou seja, o rompimento do vínculo empregatício de forma unilateral, por iniciativa exclusiva do empregador. A adesão do empregado a qualquer espécie de acordo, plano ou programa de demissão voluntária ou incentivada afasta o direito ao recebimento do seguro-desemprego, pois nesta hipótese o rompimento do vínculo empregatício conta com a anuência do empregado.

Neste sentido, o STJ já firmou entendimento:

‘ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO-DESEMPREGO. PAGAMENTO A TRABALHADORES QUE FIZERAM ADESÃO A PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - PDV. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 1º DA LEI 1.533/51. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC NÃO-CONSTATADA.

1. Os recursos especiais apresentados irresignam-se contra entendimento firmado pelo aresto de segundo grau que reconheceu o direito de recebimento de seguro-desemprego por trabalhadores que aderiram a Programa de Demissão Voluntária - PDV. Apontam como violados os arts. 535, II do CPC, 1º da Lei 1.533/51, e 2º, I, e 3º da Lei 7.998/1990, além de divergência jurisprudencial.

2. Ausência de prequestionamento do art. 1º da Lei 1.533/51, o qual não foi sujeito à deliberação na Corte de origem, atraindo o verbete sumular nº 282/STF.

3. Inexistência de infringência do art. 535, II do CPC, tendo o aresto recorrido abordado os temas necessários à composição da controvérsia de modo fundamentado.

4. Analisando caso similar, a Primeira Turma desta Corte emitiu pronunciamento no sentido de que “o direito ao recebimento do seguro-desemprego, devido ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, pressupõe o desfazimento do vínculo empregatício mediante demissão involuntária, situação que não ocorre na hipótese de adesão do trabalhador a plano de demissão voluntária” (REsp 856.780/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, unânime, DJ de 16/11/2006).

5. Precedente da Segunda Turma: REsp 590.684/RO, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11/04/2005.

6. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial do Estado do Paraná parcialmente’ (Resp 940076/PR, Min. JOSÉ DELGADO, 1ª TURMA, DJ: 08.11.2007).

O exame dos documentos que instruem o mandado de segurança indica que não se trata de hipótese de demissão voluntária.

A empregadora forneceu declaração (fls. 35) no sentido de que a impetrante não foi dispensada por justa causa, ‘... não ocorrendo solicitação de inclusão em Plano de Desligamento Incentivado (PDI - abril 2008)’.”

O acordo coletivo pactuado entre a empresa e o ex-empregado (fls. 37/40) poderia levar à conclusão de que foi instituído “plano de demissão voluntária” (PDV), quando na verdade prevê o pagamento de gratificações e benefícios a todos os empregados demitidos sem justa causa, independentemente de adesão ou manifestação volitiva do empregado, conforme previsão expressa do referido acordo (fls. 38).

Em face dos elementos existentes nos autos, tenho que a restrição adotada pelo Ministério do Trabalho e Emprego carece de fundamento fático, pois não restou comprovado que o empregado

tenha consentido com a sua demissão.

Em suas razões de agravo, a recorrente não se contrapôs ao fundamento mencionado, qual seja, a falta de fundamentação da decisão, bem como a existência de ilegalidade ou abuso de poder, a fim de demonstrar o desacerto do *decisum*, como lhe competia, preferindo repisar argumentos já enfrentados pela decisão monocrática.

Em consequência, *nego provimento* ao agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre o descabimento da concessão de seguro-desemprego a trabalhador que adere a plano de demissão voluntária, veja também os seguintes julgados: AMS 2005.61.02.012894-0/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/632 e decisão proferida no CC 0011859-42.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 103/90.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0013715-11.2009.4.03.6100
(2009.61.00.013715-0)

Agravantes: ANA AMÉLIA MENDES MELO, CARMEN SILVIA BANDEIRA,
CRISTINA APARECIDA NASCIMENTO DE BORBA E PAULA
CRISTINA FERREIRA VIOLA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 389/391

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: AMS 322187

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. REFORMA DE DECISÃO. SERVIDOR PÚBLICO. INSS. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 11.907/09. AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes do STJ (AGREsp nº 545.307-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.04; REsp nº 548.732-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.03.04).

2. Discute-se a possibilidade do aumento de jornada dos servidores do INSS de 30 (trinta) horas para 40 (quarenta) horas semanais pela Lei nº 11.907/09. Conforme se verifica na referida lei, além do aumento da carga horária, foi facultado aos servidores continuar cumprindo a jornada de 30 (trinta) horas semanais, com redução proporcional da

remuneração. Confira-se a esse respeito, a redação do art. 4º-A da Lei nº 10.855/04, acrescido pelo art. 160 da Lei nº 11.907/09. Referida norma compatibiliza-se com o disposto no art. 19 da Lei nº 8.112/90, que prevê a possibilidade da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais.

3. Não subiste a alegação de que o § 2º do art. 19 da Lei nº 8.112/90 obviaria o aumento da jornada, uma vez que não há lei especial dispondo acerca da duração da jornada de 6 (seis) horas diárias. Os servidores cumpriam a jornada reduzida em virtude de resoluções anteriores à Lei nº 11.907/09, editadas pelo INSS mediante os critérios de oportunidade e conveniência, e que restaram superadas pelo advento da nova lei. Ademais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, não há direito adquirido dos servidores a regime jurídico, não se justificando a continuidade da jornada de 30 (trinta) horas semanais. Do mesmo modo, não prospera o argumento de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais (TRF da 1ª Região, AC nº 1998.01.00.064955-3, Rel. Juiz Fed. Conv. Lindoval Marques de Brito, j. 13.10.98; TRF da 2ª Região, AC nº 1996.50.01.003959-6, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo S. Araújo Filho, j. 15.04.09; TRF da 3ª Região, AI nº 0032098-04.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 29.03.10; TRF da 4ª Região, AC nº 2001.72.00.007821-8, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, j. 20.02.03; TRF da 4ª Região, AC nº 2007.72.05.005022-0, Rel. Des. Fed. Edgard Antonio Lippmann Júnior, j. 16.07.08).

4. Inexistência de direito adquirido de servidor, não somente a regime jurídico, mas também à manutenção de carga horária de trabalho. Precedentes do STJ (STJ, REsp nº 812811, Rel. Des. Fed. Jane Silva, j. 06.12.07; ROMS nº 9590, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26.09.00).
5. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto por Ana Amélia Mendes Melo e outros contra a decisão de fls. 389/391, que negou provimento à apelação das impetrantes, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

As agravantes alegam, em síntese, o seguinte:

- a) instituídos turnos de revezamento, a jornada de trabalho obrigatória é de 6 horas diárias;
- b) é inconstitucional a redução de vencimentos decorrente da redução da jornada de trabalho;
- c) o aumento do percentual da GDASS, conforme disposto na Lei nº 11.907/09, não é reajuste de vencimento, dado que condicionado ao cumprimento de metas e de desempenho;
- d) “o ínfimo reajuste recebido no salário base igualmente não teve como causa o aumento da jornada de trabalho, mas é

decorrente da revisão geral anual que ocorre com todas as categorias” (fls. 394/411).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

VOTO

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

Agravo legal. CPC, art. 557, § 1º. Ônus de demonstrar a incompatibilidade da decisão recorrida com a jurisprudência dominante. A parte inconformada com a decisão proferida com base no art. 557 do Código de Processo Civil poderá interpor o agravo de que trata o § 1º. No entanto, a irresignação deve demonstrar que a decisão recorrida encontra-se em desacordo com a jurisprudência existente sobre a matéria. Não basta, portanto, lamentar a injustiça ou o gravame que a decisão do relator encerra. A parte tem o ônus de revelar que essa injustiça e esse gravame não são autorizados pelos precedentes dos Tribunais Superiores ou, conforme o caso, do próprio tribunal:

“EMENTA: PROCESSO CIVIL - APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC - AGRAVO REGIMENTAL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE.

1. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando:

- a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);
- b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);
- c) prejudicado (questão meramente processual); e
- d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

2. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida

estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC).

3. Carece de fundamento o agravo contra aplicação do art. 557, § 1º, do CPC, que não enfrenta diretamente os argumentos que respaldaram a decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AGREsp nº 545.307-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.04)

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. COMBATE ESPECÍFICO. SÚMULA 182/STJ.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula 182).

2. Recurso especial improvido.”

(STJ, REsp nº 548.732 - PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.03.04)

Do caso dos autos. A decisão agravada abordou a matéria discutida pelas agravantes nos seguintes termos:

“Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta por Ana Amélia Mendes Melo e outros contra a sentença de fls. 276/282, que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança no sentido de ser-lhes reconhecido o direito de continuar a cumprir jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais sem redução de remuneração.

Foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.021457-8

contra a decisão que indeferiu a liminar (fls. 205/228).

Apelam as impetrantes com os seguintes fundamentos:

- a) desde 1984 o INSS reduziu a jornada para 30 horas semanais devido à necessidade de turnos de revezamento, para assegurar a continuidade de atendimento ao público;
- b) a jornada de trabalho de 30 horas é legal, porquanto o art. 19 da Lei nº 8.112/90, possibilita essa duração;
- c) os órgãos da administração direta e indireta da União, cujos servidores são regidos pela Lei nº 8.112/90, poderão fixar a duração laboral, respeitado o permissivo legal de máximo de 40 e mínimo de 30 horas semanais, em face da conveniência e oportunidade;
- d) a majoração da jornada de trabalho sem aumento proporcional da remuneração ofende o princípio da irredutibilidade dos vencimentos (fls. 276/313).

Contra a decisão que recebeu o recurso das impetrantes somente no efeito devolutivo, foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.035295-1 (fls. 323/344).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 365/379).

Manifestou-se a Ilustre Procuradora Regional da República, Denise Neves Abade, pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 382/387).

Decido.

Servidor. INSS. Alteração da jornada de trabalho. Lei nº 11.907/09. Discute-se a possibilidade do aumento de jornada dos servidores do INSS de 30 (trinta) horas para 40 (quarenta) horas semanais pela Lei nº 11.907/09. Conforme se verifica na referida lei, além do aumento da carga horária, foi facultado aos servidores continuar cumprindo a jornada de 30 (trinta) horas semanais, com redução proporcional da remuneração. Confirma-se a esse respeito, a redação do art. 4º-A da Lei nº 10.855/04, acrescido pelo art. 160 da Lei nº 11.907/09:

‘Art. 160. A Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 4º-A. É de 40 (quarenta) horas semanais a jornada

de trabalho dos servidores integrantes da Carreira do Seguro Social.

§ 1º A partir de 1º de junho de 2009, é facultada a mudança de jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais para os servidores ativos, em efetivo exercício no INSS, com redução proporcional da remuneração, mediante opção a ser formalizada a qualquer tempo, na forma do Termo de Opção, constante do Anexo III-A desta Lei.

§ 2º Após formalizada a opção a que se refere o § 1º deste artigo, o restabelecimento da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas fica condicionada ao interesse da administração e à existência de disponibilidade orçamentária e financeira, devidamente atestados pelo INSS.

§ 3º O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos servidores cedidos.”

Referida norma compatibiliza-se com o disposto no art. 19 da Lei nº 8.112/90, que prevê a possibilidade da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais:

‘Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais.’ (Incluído pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

Não subiste a alegação de que o § 2º desse dispositivo legal obviaria o aumento da jornada, uma vez que não há lei especial dispendo acerca da duração da jornada de 6 (seis) horas diárias. Os servidores cumpriam a jornada reduzida

em virtude de resoluções anteriores à Lei nº 11.907/09, editadas pelo INSS mediante os critérios de oportunidade e conveniência, e que restaram superadas pelo advento da nova lei. Ademais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, não há direito adquirido dos servidores a regime jurídico, não se justificando a continuidade da jornada de 30 (trinta) horas semanais.

Do mesmo modo, não prospera o argumento de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09.

Sendo assim, acompanhando o entendimento dos Tribunais Regionais Federais em casos semelhantes:

‘SERVIDOR PÚBLICO - MANUTENÇÃO DA JORNADA DE 6 (SEIS) HORAS DE TRABALHO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - LEI Nº 8.112/90 - DECRETO Nº 1.590/95 E PORTARIA MINISTERIAL (MINISTÉRIO DA SAÚDE) Nº 1.672/95.

1 - Inexistindo direito adquirido a determinado regime jurídico de trabalho e observados os limites constitucionais e legais, lícitas as normas que estabeleceram a jornada de trabalho de servidor público federal em 08 (oito) horas e 40 (quarenta) semanais, independentemente de acréscimo salarial. (Constituição Federal, arts. 7º, XIII, e 39, parágrafo 2º; Lei nº 8.112/90, art. 19; Decreto nº 1.590/95, art. 1º, *caput* e I; Portaria do Ministério da Saúde nº 1.672/95, art. 2º). (...)’

(TRF da 1ª Região, AC nº 1998.01.00.064955-3, Rel. Juiz Fed. Conv. Lindoval Marques de Brito, j. 13.10.98)

‘ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. JORNADA DE 6 (SEIS) HORAS DE TRABALHO. MANUTENÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. VENCIMENTOS. IRREDUTIBILIDADE.

1. A Administração, no seu interesse e conveniência, pode aumentar ou reduzir a jornada dos servidores, desde que obedecidos os limites constitucionais e legais (art. 7º, XIII e 39 § 3º da CF e art. 19 da Lei nº 8.112/1990).

2. Não há violação ao princípio da irredutibilidade, se o valor nominal dos vencimentos é preservado. (...).’

(TRF da 2ª Região, AC nº 1996.50.01.003959-6, Rel Des. Fed. Luiz Paulo S. Araújo Filho, j. 15.04.09)

‘SERVIDOR. INSS. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DE 30 (TRINTA) HORAS PARA 40 (QUARENTA) HORAS SEMANAIS. LEI Nº 11.907/09.

1. O art. 4º-A da Lei nº 10.855/04, acrescido pelo art. 160 da Lei nº 11.907/09 compatibiliza-se com o disposto no art. 19 da Lei nº 8.112/90, que prevê a possibilidade da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais.

2. Não subiste a alegação de que o § 2º desse dispositivo legal obviaria o aumento da jornada, uma vez que não há lei especial dispendo acerca da duração da jornada de 6 (seis) horas diárias. Os servidores cumpriam a jornada reduzida em virtude de resoluções anteriores à Lei nº 11.907/09, editadas pelo INSS mediante os critérios de oportunidade e conveniência, e que restaram superadas pelo advento da nova lei. Ademais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, não há direito adquirido dos servidores a regime jurídico, não se justificando a continuidade da jornada de 30 (trinta) horas semanais.

3. Do mesmo modo, não prospera o argumento de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras

do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09. (...)’

(TRF da 3ª Região, AI nº 0032098-04.2009.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 29.03.10)

‘ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. JORNADA DE TRABALHO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. - Não há, por parte do servidor público civil, direito adquirido ao regime jurídico ou à jornada de trabalho. Logo, pode ser majorada a jornada de trabalho semanal sem necessidade de adequação remuneratória, desde que a nova carga horária esteja de acordo com o regramento específico. - Não cabe, no serviço público, estabelecer a relação de remuneração por hora trabalhada, razão pela qual não se pode falar em ofensa à irredutibilidade de vencimentos.’

(TRF da 4ª Região, AC nº 2001.72.00.007821-8, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, j. 20.02.03)

‘SERVIDOR PÚBLICO. AUMENTO DA JORNADA DE TRABALHO. 6 (SEIS) HORAS PARA 8 (OITO) HORAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À JORNADA REDUZIDA.

Servidores públicos federais, ocupantes de cargos sujeitos à jornada diária de 8 horas (art. 19 da Lei nº 8.112/90), não têm direito adquirido à manutenção da jornada de 6 horas diárias, antes estabelecida por interesse da Administração Pública e no exercício do poder discricionário, que pelos mesmos motivos pode determinar o retorno ao *status quo*.’

(TRF da 4ª Região, AC nº 2007.72.05.005022-0, Rel. Des. Fed. Edgard Antonio Lippmann Júnior, j. 16.07.08)

Do caso dos autos. O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido e denegou a segurança no sentido de ser reconhecido o direito das impetrantes de continuar a cumprir jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais sem redução de remuneração.

Não merece ser reformada a sentença proferida. Com efeito,

não prospera o argumento das recorrentes de que a Lei nº 11.907/09 viola a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (CR, art. 37, XV), uma vez que, além da alteração da jornada de trabalho dos servidores do INSS, houve reestruturação da remuneração das carreiras do seguro social, com reajustes nos vencimentos de todos os cargos, conforme previsto nas Tabelas III e IV do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, incluídos pelo art. 162 da Lei nº 11.907/09.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação das impetrantes, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Intimem-se.”

As agravantes sustentam que ao presente feito não deve ser aplicado o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, tendo em vista que não há jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e que há precedentes do Supremo Tribunal Federal de que ocorre violação à irredutibilidade de vencimentos, o aumento da jornada de trabalho sem proporcional majoração de vencimentos.

As alegações das recorrentes não subsistem diante da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, deste Tribunal e também dos demais Tribunais Federais citados, no sentido da inexistência de direito adquirido, não somente a regime jurídico, mas também à manutenção de carga horária de trabalho. Nesse sentido, confira-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) MÉDICOS. CARGO PÚBLICO DE SUPERVISOR-MÉDICO-PERITO DO QUADRO DO INSS. LEI FEDERAL 9620/98 DE CRIAÇÃO DOS CARGOS. ESTIPULAÇÃO EXPRESSA DA JORNADA SEMANAL DE TRABALHO DE 40 HORAS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A JORNADA SEMANAL DE 20 HORAS. (...)”

2. A fixação da jornada de trabalho do servidor público está adstrita ao interesse da Administração Pública, tendo em conta critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário, voltado para o interesse público e o bem comum da coletividade.

3. *A lei nova pode extinguir, reduzir ou criar vantagens, inclusive alterar a carga horária de trabalho dos servidores*, não existindo no ordenamento jurídico pátrio, a garantia de que os servidores continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando do ingresso no respectivo cargo público.

4. Consoante orientação assentada na jurisprudência do STJ, o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurado, apenas pelo ordenamento constitucional pátrio, a irredutibilidade de vencimentos.

5. Assim, em se tratando de relação estatutária, deterá a Administração Pública o poder de alterar mediante lei o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso.

6. No presente caso há peculiaridade, qual seja, os recorrentes ocupam o cargo de Supervisor-Médico-Pericial do quadro do INSS criado pela lei federal 9.620/98, que em seu artigo 20 prevê expressamente a jornada semanal de trabalho correspondente a quarenta horas semanais. Assim, ao entrarem em exercício, assumindo o compromisso de desempenho das respectivas funções públicas, concordaram com o regime da jornada de trabalho.

(...)"

(STJ, REsp nº 812811, Rel. Des. Fed. Jane Silva, j. 06.12.07, grifo meu)

“(...) SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - TELEFONISTAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - ALTERAÇÕES DE ATRIBUIÇÕES (RESOLUÇÃO Nº 467/96 E 368/89) - AUMENTO DE

CARGA HORÁRIA DE 30 PARA 36 HORAS SEMANAIS
- PREVISÃO EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO
ADQUIRIDO (...)

(...)

2 - *Se o servidor é contratado para trabalhar 36 (trinta e seis) horas semanais, consoante previsão contida no edital do certame, não pode aduzir direito adquirido a somente trabalhar 30 (trinta) horas porque assim vem fazendo desde a posse no cargo. Inexistência de direito adquirido. Inaplicabilidade do art. 227 da CLT, posto que não incide sobre os servidores públicos norma que se dirige às empresas que exploram serviço de telefonia.*

(...)"

(STJ, ROMS nº 9590, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 26.09.00, grifo meu)

Malgrado a insurgência das agravantes, a rigor, não restou demonstrada a ocorrência de perda salarial, tendo em vista o aumento da gratificação GDASS e do salário base, conforme relatado à fl. 410.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo legal.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW -
Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0001547-07.2010.4.03.0000
(2010.03.00.001547-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 57/59
Agravante: JOSE CARLOS PORSANI
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: JOSE CARLOS PORSANI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Classe do Processo: AI 396138
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2010

EMENTA

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. FRAUDE À EXECUÇÃO. SÚMULA 375 DO STJ. PRECEDENTES DO C. STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. O art. 557 do CPC não menciona jurisprudência pacífica, o que, na verdade poderia tornar inviável a sua aplicação. A referência à jurisprudência dominante revela que, apesar de existirem decisões em sentido diverso, acabam por prevalecer, na jurisprudência, as decisões que adotam a mesma orientação invocada pelo relator.

2. Não merece reparos a decisão recorrida, posto que em consonância com o C. Superior Tribunal de Justiça, cuja Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que: *1) A fraude à execução fiscal tem por premissa a prática de desfazimento patrimonial, pela parte executada, de bens em grau condutor ao quadro de insolvência; 2) O colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que a fraude à execução fiscal somente se configura quando o ato de disposição patrimonial for capaz de reduzir o credor à insolvência; 3) O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro*

adquirente. São precedentes: REsp nº 726323, 810489, dentre outros.

3. A Súmula nº 375 do STJ determina que o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

4. O novo entendimento da Corte Superior busca a preservação da eficácia do ato alienatório praticado pelo devedor no curso da demanda ao terceiro de boa-fé, é dizer, a presunção cede passo para proteger o terceiro adquirente comprovadamente de boa-fé.

5. *In casu*, o negócio jurídico operou-se em data anterior à determinação do bloqueio do veículo perante o DETRAN, através do sistema Renajud, logo, considerando que se trata de veículo automotor, sujeito a registro de propriedade no DETRAN, deve-se presumir a boa-fé do adquirente, no caso de inexistência de qualquer registro público de impedimento da alienação.

6. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Trata-se de *agravo legal* em face da r. decisão de fls. 57/59 que, nos termos do art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, deu provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer como legítima a alienação do veículo operada nos autos da

Execução Fiscal nº 2003.61.20.007382-7, em trâmite na 1ª Vara Federal de Araraquara/SP.

Nesta sede, a agravante (UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL) sustenta que foi incorreta a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil, eis que a jurisprudência não é pacífica acerca do caso em tela.

Alega, ainda, que a decisão recorrida fere frontalmente o art. 185 do CTN, antes das modificações feitas pela LC 118/2005, vez que, ao tempo da alienação, o débito já estava inscrito em dívida ativa da União, fato que tipifica a fase de execução, configurando a fraude à execução.

Assevera, também, que a reserva de bens ou rendas suficientes à quitação da dívida deve ser alegada e provada pela parte a quem aproveita, no caso, o devedor ou comprador do bem alienado.

Pleiteia, ao final, a reconsideração da r. decisão ou que seja o feito submetido à apreciação do E. Colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Inicialmente, faço consignar que, de acordo com o artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

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

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

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

Assim, após análise detida dos autos, entendo que não merece reparos a decisão recorrida, posto que em consonância com assente entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, como não foram apresentadas quaisquer argumentações que modificassem o entendimento deste relator, peço vênia para transcrever os fundamentos da decisão agravada, adotando-os como razão de decidir o mérito deste agravo legal:

“Inicialmente, observo que, consoante o artigo 522 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, estabeleceu-se nova sistemática para interposição de recurso de agravo de instrumento, consagrando seu cabimento somente nos casos previstos na Lei ou naqueles suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação. É esse o caso dos autos, razão pela qual conheço do recurso, na forma de instrumento. Razão assiste ao agravante, vejamos:

Nos termos do artigo 593, inciso II do Código de Processo Civil, constitui fraude à execução a alienação de bens, havendo contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

A leitura gramatical do referido dispositivo leva-nos à conclusão de que bastaria a demonstração do elemento objetivo do ajuizamento da ação capaz de reduzir o devedor à

insolvência, sem qualquer relevância a boa-fé ou a má-fé do adquirente, e assim era aplicada.

No entanto, a Jurisprudência do STJ tem entendido que para configuração da fraude à execução não bastam mais apenas os requisitos da pendência de ação, alienação de bem e insolvência do devedor, *uma vez que insuficientes para tutelar a situação jurídica de terceiro de boa-fé*. Concomitantemente a esses requisitos, tem-se determinado que *o credor demonstre que o terceiro adquirente de alguma forma tinha ciência da demanda que tramitava contra o alienante. Sem essa comprovação não haverá a decretação da fraude à execução*.

Foi com esse espírito que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aprovou a *Súmula nº 375* que determina que o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Referida mudança de entendimento é fruto de interpretação sistemática, uma vez que, de acordo com o artigo 167, parágrafo 2º do Código Civil, ‘ressalvam-se os direitos do terceiro de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.’

Não se pode olvidar, ainda, que a reforma promovida pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterando importantes aspectos da execução civil, trouxe nos termos do artigo 615-A do Código de Processo Civil, a possibilidade do credor, no momento do início de uma ação de execução ou da fase de execução, obter uma certidão comprobatória do início da ação e, com isso, providenciar o registro ou a averbação dessa informação nos cartórios de registros de imóveis e nos órgãos encarregados do registro de veículos.

Trata-se da previsão de uma garantia mais efetiva para o credor, pois conseguirá evitar que o devedor, mesmo antes da citação, aliene seus bens em fraude de execução, servindo como ‘presunção absoluta de conhecimento por

terceiros'. Desta feita, conclui-se que para a configuração da fraude à execução é imperativo que se exija a ciência do adquirente do registro de penhora ou, *pelo menos, possibilidade de ciência, nos demais casos de fraude à execução.*

Nesse sentido, colaciono julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

**‘RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PROCES-
SUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - BEM ALIE-
NADO APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR - FRAUDE À
EXECUÇÃO - VEÍCULO AUTOMOTOR - INEXISTÊNCIA
DE RESTRIÇÃO JUNTO AO DETRAN - BOA-FÉ DO
ADQUIRENTE - PRECEDENTES.**

“Não se configura fraude à execução se o veículo automotor é objeto de sucessivas vendas após aquela iniciada pelo executado, inexistindo qualquer restrição no DETRAN que pudesse levar à indicação da ocorrência do *consilium fraudis*” (REsp 618.444/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 16.5.2005). *Por não haver qualquer restrição do veículo no DETRAN, não se pode duvidar da boa-fé do adquirente; uma vez que, ao tratar-se de bem móvel, não é costume consultar outros órgãos para descobrir se há alguma restrição quanto ao vendedor.* Recurso especial provido’. (Segunda Turma - REsp 712337 - Ministro Humberto Martins - DJU 28/08/2006, pág. 273) (Grifei)

‘TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO FISCAL - FRAUDE À EXECUÇÃO - ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO, MAS ANTERIOR AO REGISTRO DE PENHORA OU ARRESTO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO *CONSILIUM FRAUDIS*.

1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EResp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.

2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*.

3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança.

4. No caso alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/94), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade.

5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em consilium fraudis. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.

6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto.

7. Recurso especial improvido'. (REsp 811898/CE, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU 18.10.2006, pág. 233) (Grifei)

E, ainda, na mesma esteira de entendimento, julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

‘EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. AUTOMÓVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE BEM ANTERIOR À PENHORA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. PENHORA LEVANTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR. CABIMENTO.

1. Para a fraude à execução, nos moldes do art. 185 do CTN, necessário que a alienação do bem seja posterior à

citação válida do devedor; seja demonstrado o conluio fraudulento entre o alienante e o adquirente do bem; e não restem outros bens do executado passíveis de garantir a execução.

2. O embargante adquiriu o veículo antes de ter sido efetivada a penhora na execução fiscal, momento em que não constava restrição ao negócio no registro do DETRAN, concluindo-se pela boa-fé por parte da adquirente embargante.

3. Os honorários advocatícios em embargos de terceiro cabem a quem deu causa à constrição indevida (Súmula 303/STJ), mantida a condenação da união em honorários advocatícios, ante a resistência aos embargos de terceiro.

4. Honorários advocatícios reduzidos, uma vez que fixados em desacordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

5. Apelação da Fazenda Nacional a que se dá parcial provimento'. (TRF - 1ª Região - AC 2000380001692022 - Oitava Turma - DJU 14/11/2008, pág. 421) (Grifei)

Frise-se que esse novo entendimento busca a preservação da eficácia do ato alienatório praticado pelo devedor no curso da demanda ao terceiro de boa-fé, é dizer, a presunção cede passo para proteger o terceiro adquirente comprovadamente de boa-fé.

Compulsando os autos, verifica-se que o negócio jurídico operou-se em data anterior à determinação do bloqueio do veículo perante o DETRAN, através do sistema Renajud (decisão agravada de fls. 48/49), logo, considerando que se trata de veículo automotor, sujeito a registro de propriedade no DETRAN, deve-se presumir a boa-fé do adquirente, no caso de inexistência de qualquer registro público de impedimento da alienação.

Por fim, entendo perfeitamente aplicável à espécie os ditames do artigo 557, do Código de Processo Civil. Referido artigo, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, através de decisão

monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou *jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior e*, ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas hipóteses acima apontadas.

Vale lembrar que, no caso dos autos, a matéria em debate já foi objeto de inúmeras demandas submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, cuja Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que: 1) A fraude à execução fiscal tem por premissa a prática de desfazimento patrimonial, pela parte executada, de bens em grau condutor ao quadro de insolvência; 2) O colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que a fraude à execução fiscal somente se configura quando o ato de disposição patrimonial for capaz de reduzir o credor à insolvência; 3) O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

São precedentes: REsp nº 726323, 810489, dentre outros”.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao presente agravo legal.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0012669-17.2010.4.03.0000
(2010.03.00.012669-2)

Agravante: PERSICO PIZZAMIGLIO S/A
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AI 404724
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. MENOR ONEROSIDADE. LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ARTIGO 15, I, DA LEI Nº 6.830/80. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EFEITOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que a substituição da penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer, no interesse e a requerimento do devedor, por dinheiro ou fiança bancária (artigo 15, I, LEF).

2. O pedido de substituição da máquina penhorada por bens do estoque rotativo (tubos de aço) afronta o disposto no artigo 15, I, da LEF, não sendo possível deferi-la com base exclusivamente no interesse do devedor, alegando conveniência vinculada ao fato de estar sob recuperação judicial, pois a legislação não estabelece tal privilégio, nem submete o interesse fiscal ao plano de recuperação judicial.

3. Agravo inominado desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo inominado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de agravo inominado, em face de negativa de seguimento a agravo de instrumento (artigo 557 do CPC), interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a substituição da penhora de maquinário de sua propriedade, por outros bens móveis, quais sejam, bens de seu estoque rotativo (tubos de aço), acolhendo manifestação da FAZENDA NACIONAL.

Após a rejeição dos embargos de declaração, foi requerida, no agravo inominado, a reforma da decisão agravada, sob o fundamento de que: (1) os bens indicados à substituição da penhora são de ampla aceitação no mercado; (2) segundo o princípio da menor onerosidade, a execução fiscal deve ser realizada de maneira menos gravosa ao devedor; e (3) a corroborar tal necessidade está o fato de que a agravante encontra-se em regime especial de recuperação judicial, com vultosas obrigações a serem cumpridas, notadamente “créditos trabalhistas, no valor total de R\$ 40.573.877,94 - referência dezembro/04, com correção monetária pela tabela do TJ/SP -, que serão pagos de forma parcelada, em prestações mensais até 2010 e, posteriormente, emissão de títulos - debêntures - para resgate do saldo existente, observando-se as condições de pagamento do citado plano (...), notadamente quadro geral de credores, que a agravante, agora, novamente, expressamente se reporta, para todos os efeitos de direito, a fim de que fique fazendo parte integrante e indissociável deste petítório”; (4) “em função direta do regime especial de recuperação judicial, todos os bens da agravante executada e atual recuperanda

- inclusive o penhorado - servem para garantir, de um lado, os créditos sujeitos ao plano de recuperação citado - notadamente, por óbvio, os trabalhistas - e, de outro lado, para sustentar o próprio processo produtivo da Pérsio Pazzamiglio, com o objetivo precípua de gerar renda mensal para pagamento das parcelas trabalhistas existentes no referido plano - além de outros créditos, evidentemente -, tendo em vista, gize-se novamente, a existência de pagamentos mensais de parcelas devidas aos trabalhadores”; (5) tendo em vista o artigo 83 e seguintes da Lei nº 11.101/05, os créditos trabalhistas superam, em privilégio, os reclamados pela agravada, conferindo, inclusive, aos trabalhadores, verdadeiro direito de prelação; (6) diante disso, “a manutenção do processo produtivo da empresa executada, para integral e satisfatório pagamento dos credores trabalhistas, com o rigoroso cumprimento do plano em tela, é de fundamental e inafastável importância, máxime no caso presente, onde, repita-se, procurou-se levar à leilão bem móvel fundamental para a manutenção do processo de produção”; e (7) ademais, apenas para argumentar, caso ocorra a convocação do plano de recuperação em falência, todos os ativos da empresa, inclusive o bem penhorado, representarão a garantia de pagamento dos privilegiados credores trabalhistas.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 184/85v):

“É sempre cabível o julgamento *in limine*, pelo relator, do recurso, uma vez que presentes os requisitos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se pacificada a jurisprudência, sob

todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que a substituição da penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer, no interesse e a requerimento do devedor, por dinheiro ou fiança bancária (artigo 15, I, LEF).

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- AGRESP nº 331242, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 20.10.03, p. 243: 'PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - BEM OFERECIDO À PENHORA - SUBSTITUIÇÃO - DINHEIRO OU FIANÇA BANCÁRIA - ART. 15, I DA LEI 6.830/80. EXECUÇÃO FISCAL. 1. Só se admite a substituição de bens nomeados a penhora em execução fiscal por dinheiro ou fiança bancária art. 15, I, da Lei nº 6.830/80. Preclusão consumativa. 2. Agravo provido.'

- RESP nº 446028, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 03.02.03, p. 287: 'PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. 1. A substituição de bens penhorados, a pedido da parte executada, só pode ser concedida se for por dinheiro. Aplicação, em executivo fiscal, do art. 15, da Lei nº 6830/80. Na execução comum do art. 668, do CPC. 2. Impossibilidade, portanto, de êxito da pretensão da recorrente em substituir a penhora de bens móveis (mercadoria do seu estoque) por imóvel, não só pela proibição legal, mas, especialmente, porque o bem indicado encontra-se penhorado em outras execuções. 3. Não conhecimento do Recurso Especial quanto à questão da decretação da prisão do depositário. Matéria não questionada no acórdão. 4. Recurso improvido na parte conhecida.'

- RESP nº 259942, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 10.09.01, p. 372: 'RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA. RECUSA DA EXEQÜENTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Não se pode olvidar que o objetivo primordial da penhora

é a conversão do bem em dinheiro, pela arrematação, para que se satisfaça o crédito exequendo, daí porque vir o dinheiro em primeiro lugar na ordem de nomeação de bens à penhora. A substituição preconizada pelo artigo 15, I, da Lei nº 6.830/80, tem o propósito de garantir à execução maior liquidez, uma vez que o executado somente poderá substituir o bem constricto judicialmente ‘por depósito em dinheiro ou fiança bancária’, dentre os quais não se inclui o Título da Dívida Pública, isto porque o objetivo da execução é obter igual resultado que se conseguiria com o cumprimento da prestação, qual seja, receber em dinheiro. Embora se possa argumentar que os títulos públicos não necessitem de cotação em Bolsa de Valores, porque presumível a solvabilidade do Poder Público, é assente na jurisprudência desta egrégia Corte Superior que, embora corrigidos por índices que mantenham, de forma nominal, seu valor real, esses títulos têm valor reduzido e são de difícil resgate. Se os Títulos da Dívida Pública não trazem ao credor a segurança de que deles se extrairá o *quantum* necessário para realizar a execução, perfeitamente razoável a recusa justificada da Fazenda exequente, exercendo seu direito à substituição dos bens penhorados, preconizado pelo artigo 15 da Lei nº 6.830/80. Impõe-se o não conhecimento do recurso especial pela ausência do questionamento explícito dos dispositivos de lei federal tidos por objurgados (Súmula nº 282, do Supremo Tribunal Federal), entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada. Os artigos 620 e 656, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, indicados no recurso especial, tidos por violados, não foram enfrentados pelo v. acórdão guerreado. Precedentes. Recurso Especial não conhecido.’

- AG nº 2002.03.00007770-2, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJU de 25.11.02, p. 574: ‘TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. 1. Os títulos objeto

deste agravo não podem ser aceitos como caução, porque já se encontram prescritos, a teor dos Decretos-Leis 263/67 e 396/68. 2. O fato de não terem os portadores de tais títulos procedido ao resgate, não lhes defere o direito de virem invocar a validade de títulos caducos há trinta anos. 3. Aplicação da Súmula 112, do STJ. 4. Nos termos do art. 15 da Lei nº 6.830/80, o executado somente poderá proceder à substituição da penhora por dinheiro e desde que haja anuência da Fazenda Nacional. 5. Os Títulos da Dívida Pública são direitos de crédito resgatáveis a longo prazo, de valoração duvidosa, o que dificulta o seu real valor. Assim, não há como saber, antecipadamente se corresponde ao total discutido na ação. 6. Decisão monocrática mantida. 7. Agravo Regimental prejudicado. 8. Agravo a que se nega provimento.'

- AG nº 1999.01.00058989-4, Rel. Des. Fed. ÍTALO FIORAVANTI SABO MENDES, DJU de 01.10.03, p. 41: 'PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA. PENHORA. 1. Somente se apresenta juridicamente possível a substituição do bem penhorado por depósito em dinheiro ou por fiança bancária, a teor do disposto nos arts. 668, do Código de Processo Civil e 15, inciso 5º, da Lei nº 6.830/80. 2. Apólices da Dívida Pública de exigibilidade e resgate discutíveis, não se prestam para garantir a execução fiscal, mormente quando se verifica o disposto no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.830/80. Precedente deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 3. Agravo improvido.'

- AG nº 1999.04.01138581-5, Rel. Juiz Convocado LEANDRO PAULSEN, DJU de 18.10.00, p. 188: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LEF. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO. PEDIDO DO EXECUTADO. DEPÓSITO EM DINHEIRO OU FIANÇA. 1. O Executado só tem direito à substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária. 2. Nas Execuções Fiscais, é aplicável a Lei 6.830/80, que, enquanto

lei especial, prevalece relativamente às normas gerais estabelecidas no CPC. 3. Agravo de instrumento improvido.’ Na espécie, é manifesta a improcedência do pedido de reforma, no juízo próprio deste recurso, uma vez que a substituição da penhora é possível apenas nos estritos limites do artigo 15 da LEF. Desse modo, sendo válida a penhora e ilegal a substituição, evidente a indisponibilidade do recurso para movimentação, como igualmente requerido. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.”

Na espécie, a execução fiscal penhorou “01 (uma) máquina formadora de tubos de aço carbono com costura, marca Pietro Carnaghi & Figli, tipo P80M, nº 74524, composta de: uma talha marca movicarga, cap. 3,5 ton; uma emenda de chapa; um ‘looping’ sistema de alimentador de chapa; via rolo; calibração; carro de corte; possui o comprimento total de 110m. (cento e dez metros) aproximadamente, avaliada por R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais). Encontra-se em uso e bom estado de conservação.” (f. 98).

Consta dos autos que a agravante pretende a substituição porque necessita da máquina para o desempenho de suas atividades produtivas, motivo pelo qual requereu que a constrição recaia, doravante, sobre *bens de seu estoque rotativo (tubos de aço)*. Tais bens foram recusados pela exequente, por ofensa ao artigo 11 da Lei nº 6.830/80, dentre outros fundamentos.

A decisão agravada baseou-se em firme jurisprudência, concluindo pelo indeferimento da substituição da penhora no interesse do devedor fora das hipóteses do artigo 15, I, da LEF (dinheiro ou fiança bancária). Mesmo quando da nomeação originária de bens à penhora, pelo devedor, não tem prevalência, no caráter absoluto preconizado, o princípio da menor onerosidade, o qual deve ser sopesado com o do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional. Ainda que se cuide de empresa em regime de recuperação judicial, é necessário avaliar ponderadamente os princípios que são aplicáveis à execução.

Conforme anteriormente destacado, a incidência do artigo 15, I, da LEF, não é excepcionada pela existência de recuperação judicial e, além disto, *verbis* (f. 190):

“A transferência da penhora, no valor da execução fiscal, que somava mais de dois milhões de reais, em 2005 (f. 28/9), teria, isto sim, reflexos nocivos à execução fiscal, como à própria recuperação judicial, considerando aspectos da produção industrial, comercialização e gestão, no período narrado, constando, a propósito, dos autos que “cinco anos de continuação de negócios renderam para a massa falida escassos R\$ 428.000,00 (quatrocentos e vinte e oito mil reais) [...] recursos obviamente insuficientes para arcar com o passivo de mais de R\$ 429.000.000,00 (quatrocentos e vinte e nove milhões de reais, frente a um ativo de pouco mais de R\$ 103.000.000,00)”

Por outro lado, as dívidas tributárias não se sujeitam ao respectivo plano de recuperação, e a alegada possibilidade de sua convalidação em falência não autoriza que o Poder Judiciário crie benefícios outros, sem amparo legal, em prejuízo dos créditos tributários.

Acerca dos efeitos de tal penhora sobre o plano de pagamento de credores na recuperação judicial, não existem senão alegações. As que se referem à impossibilidade de tal penhora foram acima repelidas segundo a legislação e jurisprudência. As que se referem a prejuízos ao plano de recuperação judicial, ainda que possível fosse admitir tal escusa para impedir a penhora, haveriam de estar fundadas em prova, primeiramente, de que o numerário tenha sido incluído no orçamento da empresa para pagamento de créditos preferenciais ao tributário e, ainda, que não haja outras fontes disponíveis ou contabilizadas para tal finalidade. Meras alegações não criam direito capaz de frustrar a validade da penhora efetuada, a partir de toda a exposição oportunamente indicada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0015436-28.2010.4.03.0000
(2010.03.00.015436-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 35
Agravada: ISABEL CRISTINA ALVES DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE ITATIBA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: AI 407158
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- Inadmissível a suspensão do pagamento do auxílio-doença concedido em decisão judicial, com trânsito em julgado, sem a instauração do devido processo administrativo em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

- Cabe ao INSS submeter a autora ao processo de reabilitação profissional, nos termos do artigo 62 da Lei nº 8.213/91, não cessando o auxílio-doença, até que o beneficiário seja dado como reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez. Precedentes desta E. 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.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de agravo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, em face da decisão monocrática proferida às fls. 35/35 que, com base no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pela autarquia, em face de decisão que, em ação ordinária de concessão de benefício de auxílio-doença, em fase de execução, determinou a expedição de ofício para que proceda o restabelecimento do benefício da autora, até que se realize o processo de reabilitação profissional, nos termos do v. acórdão de fls. 170/172 e conforme requerido pela autora às fls. 199/200.

Sustenta o agravante, em síntese, que inexistem nos autos elementos apontando que a autora já se encontra insusceptível de recuperação para sua atividade habitual a justificar um procedimento reabilitatório. Aduz que só haverá que se falar em reabilitação quando se constatar que o segurado se encontra incapacitado para a atividade que ordinariamente desempenhava. Alega, assim, que se a incapacidade que o afastou momentaneamente já desapareceu, conseqüentemente habilitado está para suas funções.

Requer a reconsideração da decisão ou a submissão do presente ao julgamento da E. Turma a fim de reformar a decisão agravada.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

“EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- Inadmissível a suspensão do pagamento do auxílio-doença concedido em decisão judicial, com trânsito em julgado, sem a instauração do devido processo administrativo em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

- Cabe ao INSS submeter a autora ao processo de reabilitação profissional, nos termos do artigo 62 da Lei nº 8.213/91, não cessando o auxílio-doença, até que o beneficiário seja dado como reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez. Precedentes desta E. 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.

- Agravo desprovido.”

A Exma. Sra. 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 do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta E. Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão que, em ação ordinária de concessão de benefício de auxílio-doença, em fase de execução, determinou a expedição de ofício para que proceda o restabelecimento do benefício da autora, até que se realize o processo de reabilitação profissional, nos termos do v. acórdão de fls. 170/172 e conforme requerido pela autora às fls. 199/200. Sustenta o agravante, em síntese, que submeteu a autora a uma perícia médica administrativa, já que o benefício de auxílio-doença tem natureza temporária, cabendo ao INSS verificar se os pressupostos autorizadores da concessão ainda permanecem. Alega que o E. Tribunal negou seguimento à apelação do INSS, mantendo na íntegra a r. sentença, sendo que esta, por sua vez, não traz em seu fundamento ou na parte dispositiva, qualquer menção a necessidade de submeter a ora agravada ao processo de reabilitação como condição para cessar o benefício. Aduz a reforma da r. decisão agravada, uma vez que já cumpriu totalmente o quanto decidido neste processo.

Requer a concessão do efeito suspensivo, e ao final, o provimento do presente recurso a fim de afastar a necessidade de submeter a autora a reabilitação como condição para cessar o auxílio-doença concedido, já que tal fato configura *reformatio in pejus*.

Decido.

Cabível o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, inadmissível a suspensão do pagamento do auxílio-doença concedido em decisão judicial, com trânsito em julgado, sem a instauração do devido processo administrativo em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, até que seja concluído processo administrativo no qual se oportunizem a ampla defesa e o contraditório, a ora agravada faz jus à manutenção do benefício previdenciário, sob pena de violação ao preceito constitucional no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Ainda que assim não fosse, cabe ao INSS submeter a autora ao processo de reabilitação profissional, nos termos do artigo 62 da Lei nº 8.213/91, não cessando o auxílio-doença, até que o beneficiário seja dado como reabilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte, *in verbis*:

‘PREVIDÊNCIA SOCIAL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REMESSA OFICIAL. QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. TERMO INICIAL. DESCONTO DE EVENTUAIS VALORES REALIZADOS ADMINISTRATIVAMENTE.

- Presentes os requisitos, razão pela qual mantida a concessão de benefício de auxílio-doença (art. 59 da Lei 8213/91).

- Ação ajuizada no prazo de 12 (doze) meses, relativos ao “período de graça” previsto no art. 15, II, da lei nº 8.213/91.

- Incapacidade para o trabalho reconhecida por perícia médica como parcial. Correta a r. sentença que concedeu benefício de auxílio-doença à parte autora, até a conclusão de processo de reabilitação do segurado a ser iniciado pelo INSS, visto que o art. 62 da Lei 8.213/91, garante o recebimento de auxílio-doença enquanto perdurar o processo de reabilitação profissional.

- O termo inicial do benefício deve ser mantido na data da cessação do benefício de auxílio-doença, pois as lesões atuais são as mesmas que ensejaram sua concessão pela autarquia-ré.

- Eventuais pagamentos efetuados no âmbito administrativo deverão ser compensados na fase executória, para não configuração de enriquecimento sem causa.

- Remessa oficial parcialmente provida.’

(AC 2001.60.00.005914-9 Desembargadora Federal Vera Jucovsky, Oitava Turma, j. 19/11/2007, DJ 23/01/2008)

‘AGRAVO LEGAL. AUXÍLIO-DOENÇA.

I - Em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão que deu parcial provimento ao recurso do autor, para conceder o benefício de auxílio-doença, na forma da fundamentação, e, de ofício, concedeu a tutela prevista no art. 461, do Código de Processo Civil, para determinar a imediata implantação do benefício, expedindo-se ofício ao INSS.

II - Como salientado na decisão agravada: “Embora o perito tenha afirmado que os problemas de saúde não o incapacitam para atividade laborativa, houve a constatação de enfermidade, que no meu entender impossibilitam, ao menos parcial e temporariamente, o exercício das atividades laborativas habituais do autor. Isso me leva a concluir pela necessidade de submetê-lo a processo de reabilitação profissional para o exercício de atividade compatível com tal limitação, não se podendo, portanto, negar-lhe o benefício de auxílio-doença até que seja dado como habilitado para o exercício de nova atividade que lhe garanta a subsistência, nos termos do que preceitua o art. 62 da Lei 8213/91”.

III - Agravo legal improvido.’

(AC 2005.61.06.010046-0, Rel. Juiz Convocado Venilto Nunes, Nona Turma, j. 21/01/2008, DJ 28/02/2008)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, *nego sequimento* ao presente recurso.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.”

No mesmo sentido da decisão ora impugnada, colaciono julgados proferidos por esta E. Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EPILEPSIA CONTROLADA POR MEDICAMENTOS E TRATAMENTO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL.

1. A epilepsia, por si só, não é incapacitante para o trabalho. No caso dos autos, trata-se de pessoa que está sob acompanhamento médico, com condições de procurar nova qualificação profissional.

2. Evidentemente, é dever do INSS reintegrar o demandante através de processo de reabilitação profissional, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91. Assim, enquanto tal reabilitação não ocorra, é devido ao autor o benefício de auxílio-doença, cujo escopo é garantir a sobrevivência do segurado durante os momentos de incapacidade temporária.

3. Agravo regimental improvido.”

(REO 2000.61.03.001259-5, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, Turma Suplementar da Terceira Seção, j. 30/09/2008, DJ 13/11/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. PERSISTÊNCIA DA SITUAÇÃO DE INCAPACIDADE. RETORNO AO TRABALHO EM ATIVIDADE DIVERSA. NECESSIDADE DA CONCLUSÃO DO PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. RECURSO PROVIDO.

I - A antecipação de tutela pode ser concedida desde que verificada a presença dos requisitos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, vale dizer, o convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, aliado à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da medida.

II - É defeso ao INSS proceder ao cancelamento sumário do benefício por alta médica, não obstante as evidências da suposta cessação da incapacidade geradora do benefício, sem a prévia conclusão do programa de reabilitação profissional a que foi submetido o segurado, o que se daria somente com a expedição do certificado individual previsto no *caput* do artigo 140 do Decreto 3.048/99, Regulamento da Previdência Social.

III - O risco de dano irreparável se evidencia no comprometimento da subsistência do agravante, em razão de se tratar de benefício de caráter alimentar, que não lhe permite aguardar o desfecho da ação.

IV - Agravo de instrumento parcialmente provido.”
(AG 2005.03.00.015607-0, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, Nona Turma, j. 29/08/2005, DJ 06/10/2005)

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.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

- Sobre a obrigação do INSS oferecer processo de reabilitação profissional, antes da cessação do auxílio-doença, para segurados que não possam retomar suas atividades habituais, apesar de não estarem totalmente incapacitados, veja também os seguintes julgados: AC 2000.03.99.039065-0/SP, Relator Juiz Federal Sérgio Nascimento, publicada na RTRF3R 60/173 e AC 1998.51.07.800141-0/RJ, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, publicada na RTRF3R 63/82.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0021064-95.2010.4.03.0000
(2010.03.00.021064-2)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravadas: R. DECISÃO DE FOLHAS E JANDINOX IND. E COM. LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AI 412065
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÕES. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS QUINZE DIAS. AUXÍLIO-ACIDENTE.

1. Ressalvado meu posicionamento pessoal sobre a questão, verifico que a doutrina e a jurisprudência se inclinaram para o entendimento de que o aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho (empregador ou empregado), faz à parte contrária com o objetivo de rescindir o vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.
2. Conforme o § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do “aviso”, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente a todo aquele período. Como o termo final do contrato de trabalho é a data em que o empregado deixa de prestar serviços ao empregador, rescindido o contrato sem o cumprimento do prazo do “aviso”, surge o direito a esta verba em caráter nitidamente indenizatório.
3. O aviso prévio indenizado não compõe o salário de contribuição, uma vez que não há trabalho prestado no período, não havendo, por consequência, retribuição remuneratória por labor prestado.
4. O empregado afastado por motivo de doença não presta serviço e, por isso, não recebe salário durante os primeiros

15 (quinze) dias de afastamento. A descaracterização da natureza salarial afasta a incidência da contribuição à Seguridade Social.

5. O auxílio-acidente, previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213, não tem qualquer semelhança com o auxílio-doença, mesmo na hipótese de concessão em razão de acidente propriamente dito ou de doença ocupacional, pois ele pressupõe não o *afastamento*, mas o *retorno* do segurado às atividades laborais, embora com redução da produtividade em razão das seqüelas. Inclusive, o valor do auxílio-acidente integra o salário de contribuição (Lei nº 8.213, art. 31). Em outras palavras, não se pode confundir o auxílio-acidente com o *auxílio-doença concedido em razão de acidente do trabalho*.

6. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de outubro de 2010.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto em face da decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu parcialmente a liminar, para suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias vincendas, incidentes

sobre as verbas pagas pela impetrante a título de auxílio-doença e auxílio-acidente até o 15º dia de afastamento e aviso prévio indenizado.

A agravante (União), preliminarmente alega que houve erro material quanto à análise da contribuição sobre o auxílio-acidente e, no mérito, reitera suas razões de apelação, sustentando que as referidas verba tem natureza salarial, logo deve incidir sobre ela a contribuição à Seguridade Social.

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

A agravante confunde auxílio-doença decorrente de acidente do trabalho com auxílio-acidente, benefício previdenciário. De toda sorte, a preliminar se confunde com o mérito e com ele será analisada.

CONTRIBUIÇÃO SOBRE O AUXÍLIO-DOENÇA

O empregado afastado por motivo de doença não presta serviço e, por isso, não recebe salário durante os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento. A descaracterização da natureza salarial afasta a incidência da contribuição à Seguridade Social.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE. ART. 66 DA LEI 8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. JUROS.

(...)

2. É dominante no STJ o entendimento segundo o qual não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, à consideração de que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial. Precedentes: Resp 720817/SC, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 05/09/2005.

(...)

6. A Primeira Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o salário-maternidade possui natureza salarial, integrando a base de cálculo da contribuição previdenciária.

7. Recurso especial a que se dá parcial provimento.”

(STJ, Resp 836531/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavaschi, j. 08/08/2006, DJ 17/08/2006, p. 328)

O auxílio-acidente, previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213, não tem qualquer semelhança com o auxílio-doença, mesmo na hipótese de concessão em razão de acidente propriamente dito ou de doença ocupacional, pois ele pressupõe não o *afastamento*, mas o *retorno* do segurado às atividades laborais, embora com redução da produtividade em razão das seqüelas:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte

ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)”

Inclusive, o valor do auxílio-acidente integra o salário de contribuição (Lei nº 8.213, art. 31).

Em outras palavras, não se pode confundir o auxílio-acidente com o auxílio-doença concedido em razão de acidente do trabalho.

AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Ressalvado meu posicionamento pessoal sobre a questão, verifico que a doutrina e a jurisprudência se inclinaram para o entendimento de que o aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho (empregador ou empregado), faz à parte contrária com o objetivo de rescindir o vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

Conforme o § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do “aviso”, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente a todo aquele período. Como o termo final do contrato de trabalho é a data em que o empregado deixa de prestar serviços ao empregador, rescindido o contrato sem o cumprimento do prazo do “aviso”, surge o direito a esta verba em caráter nitidamente indenizatório.

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”.

Portanto, o aviso prévio indenizado não compõe o salário de contribuição, uma vez que não há trabalho prestado no período,

não havendo, por consequência, retribuição remuneratória por labor prestado.

No âmbito do TST - Tribunal Superior do Trabalho a matéria é pacífica.

“RECURSO DE REVISTA. ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA. Embora o aviso prévio indenizado não mais conste da regra de dispensa da incidência de contribuição previdenciária, tratada no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91, é certo que a satisfação em juízo de tal parcela não acarreta a incidência de contribuição, uma vez que, nesse caso, não se trata de retribuição pelo trabalho prestado, mas, sim, de indenização substitutiva. Decisão em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, a atrair o óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. Recurso de revista não conhecido.”

(TST, RR - 140/2005-003-01-00.4, julg. 17/09/2008, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 10/10/2008).

“RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. O pré aviso indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O advento do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Lei da Seguridade Social, veio a reforçar o fato de o pré-aviso indenizado não integrar o salário-de-contribuição, ao assim dispor expressamente em seu artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-, de modo a tornar manifestamente clara a isenção da importância recebida a título de aviso prévio indenizado para efeito de incidência da contribuição previdenciária. Recurso de revista não conhecido.”

(TST, Processo: RR - 7443/2005-014-12-00.1, julg. 11/06/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008).

“RECURSO DE REVISTA. INSS. ACORDO JUDICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA JURÍDICA. O aviso prévio indenizado possui caráter eminentemente indenizatório, porquanto o seu pagamento visa compensar o resguardo do prazo garantido em lei para se obter novo emprego. Assim, não se enquadra o aviso prévio indenizado, na concepção de salário-de-contribuição definida no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, na medida em que não há trabalho prestado no período pré-avisado, não havendo, por consequência, falar em retribuição remuneratória por labor envidado. Recurso de revista conhecido por divergência e desprovido.” (RR-650/2004-018-10-00.0, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 1ª Turma, DJU de 10/8/2007)

Este também é o entendimento da 1ª Turma desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ART. 487, § 1º DA CLT. VERBA INDENIZATÓRIA. 1. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescindir o vínculo laboral, em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei. 2. O período em que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio é computado como tempo de serviço para efeitos de aposentadoria e remunerado de forma habitual, por meio de salário, sobre o qual deve incidir, portanto, a contribuição previdenciária. 3. Todavia, rescindido o

contrato pelo empregador antes de findo o prazo do aviso, o trabalhador faz jus ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente ao período, *ex vi* do § 1º do art. 487 da CLT, hipótese em que a importância recebida tem natureza indenizatória, já que paga a título de indenização, e não de contraprestação de serviços. 4. As verbas indenizatórias visam a recompor o patrimônio do empregado dispensado sem justa causa e, por serem desprovidas do caráter de habitualidade, não compõem parcela do salário, razão pela qual não se sujeitam à incidência da contribuição. 5. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.”

(TRF3, AI 200903000289153, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, 1ª Turma, DJF3 CJ1 DATA: 03/02/2010 PÁGINA: 188)

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.
Desembargador Federal **JOSÉ LUNARDELLI** - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0027915-68.2001.4.03.0000
(2001.03.00.027915-0)

Agravante: IND. DE MATERIAL BÉLICO DO BRASIL - IMBEL
Agravada: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIQUETE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AI 138436
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS DE EMPRESA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. A Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL foi criada pela Lei nº 6.227/75, e é por ela regida e pelos Estatutos consolidados através do Decreto nº 97.752/89. O art. 1º, de mencionado Decreto nº 97.752/89, dispõe que a IMBEL é Empresa Pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado; o seu pessoal será selecionado e admitido de acordo com a legislação trabalhista e as normas baixadas pela Empresa (art. 30); e a Lei nº 6.227/75 estatui que constituem recursos da empresa, a venda de produtos (art. 7º, I).

2. Trata-se de empresa pública voltada à fabricação de material bélico destinada às forças armadas e, também, suprimindo o mercado civil dos produtos por ela produzidos, conforme se pode verificar do Estatuto consolidado acostado às fls. 46, ou seja, é pessoa jurídica, de personalidade jurídica de direito privado e que explora atividade econômica.

3. Não há se falar em impenhorabilidade de bens da empresa pública agravante, eis que esta se sujeita ao regime próprio das empresas privadas no tocante à cobrança de seus débitos e, também, não se aplica à espécie o mesmo entendimento proferido no RE nº 220.906, que reconheceu

a impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

4. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora).

Trata-se de agravo de instrumento, contra a r. decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de suspensão liminar do leilão designado, bem como a desconstituição das penhoras realizadas, sob o fundamento de que a própria executada ofereceu os bens e o art. 173, da CF, admite a penhora de bens de empresa pública.

Alega, em síntese, a impenhorabilidade de seus bens, eis que se trata de empresa pública, de fabricação de material bélico destinado às forças armadas, voltado à segurança nacional, nos termos dos arts. 21, III, 22, XXI e 173, *caput*, todos da Carta Magna; que deve ser aplicado, ao caso, o mesmo entendimento vigente em relação à impenhorabilidade de bens dos correios, pois ambas são empresas públicas no exercício de atividades próprias do Estado.

Processado o agravo sem a concessão da liminar pleiteada em antecipação de tutela recursal.

Após, com a apresentação de contraminuta, vieram-me os autos conclusos.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, inciso 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 agravante.

Trata-se de agravo de instrumento, contra a r. decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de suspensão liminar do leilão designado, bem como a desconstituição da penhoras realizadas, sob o fundamento de que a própria executada ofereceu os bens, e o art. 173, da CF, admite a penhora de bens de empresa pública.

Inicialmente, consoante as informações prestadas pelo r. Juízo *a quo*, foram realizados vários leilões dos bens penhorados, os quais restaram negativos, acarretando, assim, falta de interesse processual no tocante à suspensão do leilão marcado para o dia 11/09/2001.

Estabelece o art. 173, § 1º, da Carta Magna:

“Art. 173. (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

(...)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

A Indústria de Material Bélico do Brasil - IMBEL foi criada pela Lei nº 6.227/75, e é por ela regida e pelos Estatutos consolidados através do Decreto nº 97.752/89.

O art. 1º, de mencionado Decreto nº 97.752/89, dispõe que a IMBEL é Empresa Pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado; o seu pessoal será selecionado e admitido de acordo com a legislação trabalhista e as normas baixadas pela Empresa (art. 30); e a Lei nº 6.227/75 estatui que constituem recursos da empresa, a venda de produtos (art. 7º, I).

Assim, observo que se trata de empresa pública voltada à fabricação de material bélico destinada às forças armadas e, também, suprindo o mercado civil dos produtos por ela produzidos, conforme se pode verificar do Estatuto consolidado acostado às fls. 46, ou seja, é pessoa jurídica, de personalidade jurídica de direito privado e que explora atividade econômica.

Dessa forma, não há se falar em impenhorabilidade de bens da empresa pública agravante, eis que esta se sujeita ao regime próprio das empresas privadas no tocante à cobrança de seus débitos.

Além disso, como ressaltou o r. Juízo *a quo*, *um dos bens submetido a penhora foi indicado pela própria executada (fls. 57/58)*.

Em situações análogas, trago à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PÓLO PASSIVO OCUPADO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PENHORA DE IMÓVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE IMÓVEIS POR VEÍCULOS. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE. ART. 678 DO CPC. 1. A aplicação dos arts. 10, 11 e 15 da Lei nº 6.830/80 e 656 do CPC deve ser feita com razoabilidade, especialmente quando está em jogo a consecução do interesse público primário (transporte), incidindo na espécie o art. 678 do CPC. 2. *Por isso, esta Corte Superior vem admitindo a penhora de bens de empresas públicas (em sentido lato) prestadoras de serviço público apenas se estes não estiverem*

afetados à consecução da atividade-fim (serviço público) ou se, ainda que afetados, a penhora não comprometer o desempenho da atividade. Essa lógica se aplica às empresas privadas que sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (como ocorre no caso). Precedentes. 3. O Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório, considerou que eventual restrição sobre os bens indicados pela agravante comprometeria a prestação do serviço público, o que é suficiente para desautorizar sua penhora. 4. Agravo regimental não-provido.” (STJ, 2ª Turma, AgResp nº 1070735, Rel. Min. Mauro Compbell Marques, v. u., DJ 15/12/2008) grifei

“PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes. 2. Recurso Especial desprovido.” (STJ, 1ª turma, Resp nº 521042, Rel. Des. Fed. Luiz Fux, v. u., DJ 16/02/2004)

Por derradeiro, não se aplica ao caso vertente, o mesmo entendimento quanto à impenhorabilidade de bens, relativo aos Correios, uma vez que a agravante, embora seja empresa pública, também exerce atividade econômica.

Com efeito, restou reconhecida, no RE 220.906, da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, por maioria, a validade jurídico-constitucional do DL nº 509/69, que a ECT, empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado, foi equiparada às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo-lhe conferido todos os privilégios, inclusive os relativos a foro, prazos, recolhimento de custas, bem como da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.

Em face de todo o exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0017948-81.2010.4.03.0000
(2010.03.00.017948-9)

Agravante: JOÃO DA SILVA COSTA

Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO
- SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE

Classe do Processo: AI 409314

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/09/2010

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.

II - O recorrente, nascido em 09/05/1969, afirma ser portador de transtornos visuais - cegueira e outros transtornos especificados da coróide, o único documento que instruiu o agravo, expedido pelo Detran, dando conta de que o ora recorrente não pode mais conduzir veículos na categoria D (transporte de passageiros), não demonstra de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual.

III - Caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

IV - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção, de modo que o pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

V - Não se justifica a alta programada regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006, já que o INSS deveria designar

nova perícia em data anterior ao cancelamento do benefício de auxílio-doença.

VI - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravante.

VII - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): João da Silva Costa agravou de instrumento da decisão reproduzida a fls. 30, que, em autos de ação previdenciária, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, formulado com vistas a obter o restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

Alega a recorrente, em síntese, a presença dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipatória, bem como dos específicos acerca do benefício.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso.

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

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA

GALANTE (Relatora): Com efeito, não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações, sobremaneira porque, embora o recorrente, nascido em 09/05/1969, afirme ser portador de transtornos visuais - cegueira e outros transtornos especificados da coróide, o único documento que instruiu o agravo, expedido pelo Detran, dando conta de que o ora recorrente não pode mais conduzir veículos na categoria D (transporte de passageiros), não demonstra de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual (fls. 28).

Conquanto caráter alimentar não constitua óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

Vale frisar que cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção, de modo que o pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

De qualquer forma, entendo que não se justifica a alta programada regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006, já que o INSS deveria designar nova perícia em data anterior ao cancelamento do benefício de auxílio-doença.

Nesta hipótese, contudo, observo que tal fato não ocorreu e, assim, deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravante.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.
É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

- Sobre o procedimento de alta programada, veja também o seguinte julgado: AI 2007.03.00.104708-9/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 94/118.

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0000168-46.2006.4.03.6119
(2006.61.19.000168-1)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E
GILDO DE MORAES

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 266/270

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1438823

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2010

EMENTA

**PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. REVISÃO. ATIVIDADES
CONCOMITANTES. ATIVIDADE PRINCIPAL COMO
EMPREGADO. TERMO INICIAL.**

I. Ante a ausência de expressa previsão legal, deve-se tomar como parâmetro o salário-de-benefício decorrente da atividade em que se verificou os maiores salários-de-contribuição, no caso, na condição de empregado, uma vez que não seria razoável que o exercício de atividade concomitante, na condição de taxista autônomo, pudesse ter o efeito de reduzir o aludido salário-de-benefício.

II. O termo inicial da revisão é a data da citação, pois somente com ela a autarquia tomou conhecimento sobre o direito controvertido e fez-se litigiosa a coisa (artigo 219 do CPC), razão pela qual não se justifica a observância da prescrição quinquenal desde o ajuizamento da ação.

III. Agravos a que se negam provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravos interpostos pela parte autora e pela autarquia, ora agravantes, em face de decisão monocrática que negou seguimento à apelação interposta pelo INSS, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, e deu parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos do § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, para condenar a autarquia ao pagamento da verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença (Súmula nº 111 do STJ).

Sustenta a parte ré agravante, em suas razões de inconformismo, que a atividade principal da parte autora seria aquela na qual ela recolhia como autônoma, sendo secundária a sua atividade como empregada.

Por sua vez, pleiteia a parte autora agravante que seja aplicada a prescrição quinquenal, contada retroativamente a partir da data da propositura da ação.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravos interpostos pela parte autora e pela autarquia, ora agravantes, em face de decisão monocrática que negou seguimento à apelação interposta pelo INSS, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, e deu parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos do

§ 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, para condenar a autarquia ao pagamento da verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença (Súmula nº 111 do STJ).

Sustenta a parte ré agravante, em suas razões de inconformismo, que a atividade principal da parte autora seria aquela na qual ela recolhia como autônoma, sendo secundária a sua atividade como empregada.

Por sua vez, pleiteia a parte autora agravante que seja aplicada a prescrição quinquenal, contada retroativamente a partir da data da propositura da ação.

Passo a decidir.

A análise restringe-se à questão da atividade a ser considerada como principal, se aquela exercida como empregado ou a exercida como contribuinte individual.

O INSS, quando da concessão, considerou como atividade principal aquela desenvolvida como contribuinte individual, tendo em vista o período de contribuição.

Ao compulsar os autos, verifico que o autor desempenhou suas atividades como empregado nos períodos de 26-07-1965 a 30-06-1967, 01-07-1967 a 13-11-1967, 22-11-1967 a 28-03-1968, 05-05-1969 a 17-12-1970, 28-08-1973 a 23-10-1976, 09-07-1981 a 27-10-1986, 03-12-1988 a 18-01-1989, 17-12-1993 a 16-11-1995 e 17-11-1995 a 01-04-1997 (fls. 40/41 e 56/64).

Por outro lado, constato também que a parte autora atuou como taxista autônomo, com o recolhimento das devidas contribuições (fls. 65/142), nos períodos de 01-02-1977 a 08-07-1981, 28-10-1986 a 02-12-1988 e 19-01-1989 a 16-02-1993, totalizando 128 (cento e vinte e oito) contribuições.

Para apuração do salário-de-benefício em situação de atividades concomitantes, há que se observar o regramento traçado pelo art. 32, incisos I, II e III, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 32. O salário-de-benefício do segurado que contribuir

em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários-de-contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 e as normas seguintes:

I - quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário-de-benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários-de-contribuição;

II - quando não se verificar a hipótese do inciso anterior, o salário-de-benefício corresponde à soma das seguintes parcelas: o salário-de-benefício calculado com base nos salários-de-contribuição das atividades em relação às quais são atendidas as condições do benefício requerido; um percentual da média do salário-de-contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre o número de meses completo de contribuição e os do período de carência do benefício requerido;

III - quando se tratar de benefício por tempo de serviço, o percentual da alínea b do inciso II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício.”

Examinando à situação fática posta em Juízo à luz do preceito legal acima transcrito, conclui-se não ser aplicável os critérios insertos nos incisos I e II, pois em nenhuma das atividades exercidas pelo demandante houve o cumprimento do tempo mínimo de trinta anos de serviço.

Dessa forma, ante a ausência de expressa previsão legal, deve-se tomar como parâmetro o salário-de-benefício decorrente da atividade em que se verificou os maiores salários-de-contribuição, no caso, na condição de empregado, uma vez que não seria razoável que o exercício de atividade concomitante, na condição de taxista autônomo, pudesse ter o efeito de reduzir o aludido salário-de-benefício.

Vale dizer, tendo contribuído relativamente a duas atividades, obteria benefício de valor inferior àquele que teria obtido se não tivesse exercido a segunda atividade. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. ART. 32, INCISO II E III, DA LEI Nº 8.213/91. ATIVIDADE PRINCIPAL. AUTÔNOMO. Não tendo o segurado preenchido as condições para a concessão do benefício em relação a ambas atividades, o artigo 32 da Lei nº 8.213/91 não determina que a atividade principal seja a mais antiga (com maior tempo de serviço) das concomitantes. Portanto, a solução mais indicada é considerar-se, como principal, a atividade, economicamente, mais vantajosa para o segurado, ou seja, a que apresenta valores maiores para os salários-de-contribuição. Precedentes desta Corte.”

(TRF - 4ª Região; AC 200070000273122/PR; 6ª Turma; Rel. Desembargador Federal Tadaaqui Hirose; j. 26.02.2002; DJ 06.03.2002)

Em síntese, para o cálculo do salário-de-benefício no presente caso, deve-se tomar a média aritmética dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição devidamente corrigidos concernente à atividade exercida pelo demandante como empregado.

Insta assinalar que deverá ser respeitado o limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício, nos termos do artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

No que concerne à fixação do termo inicial da revisão, vale ressaltar que somente com a citação a autarquia tomou conhecimento sobre o direito controvertido e fez-se litigiosa a coisa (artigo 219 do CPC), razão pela qual não se justifica a observância da prescrição quinquenal desde o ajuizamento da ação.

Nesse sentido, segue o entendimento jurisprudencial:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. TERMO INICIAL. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. CITAÇÃO. Inexistência de julgamento *ultra petita* pois não foi concedido nada além do pedido. *O termo inicial da revisão do benefício corresponde à data da citação, eis que a demonstração dos requisitos necessários à majoração foi positivada nesta ação.* Embargos de declaração parcialmente acolhidos.”

(TRF - 3ª Região; AC 1343290/SP; 10ª Turma; Juíza Convocada Giselle França; j. 12.05.2009; DJ 03.06.2009)

Isto posto, *nego provimento aos agravos*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL
0011085-80.1989.4.03.6100
(2001.03.99.025031-5)

Apelante: SIDCAR IND. E COM. DE CARROCERIAS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 696261
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2010

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO - IPI - CLASSIFICAÇÃO NA TIPI - TRANSFORMAÇÃO DE CAMIONETAS DE CABINE SIMPLES EM CABINE DUPLA - TRANSFORMAÇÃO DO VEÍCULO - ATIVIDADE DE INDUSTRIALIZAÇÃO - CLASSIFICAÇÃO NA POSIÇÃO 87.02 COMO FABRICANTE DE VEÍCULOS, NÃO DE CARROCERIAS. ACESÓRIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LEGALIDADE.

1. Caso em que a parte autora transforma camionetas de cabine simples em cabine dupla e tal atividade equipara-se à industrialização, pois modifica a característica do veículo.
2. Mesmo a modificação pretendida, da classificação na posição 87.02 para 87.05 não pode ser realizada, pois a autora, para a legislação do IPI, é fabricante de veículos e não de carrocerias. Tanto é assim que a camioneta, ao entrar no estabelecimento da parte autora, é um veículo de carga, e, uma vez transformada, geralmente vira veículo de passeio. Trata-se, portanto, de um produto intermediário que, depois de ingressar no local, é acrescido de chapas fabricadas no local e transformado em outro veículo, via de regra com finalidades distintas.
3. A suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, III, do CTN, não tem o condão de interromper fluência dos juros moratórios.
4. A mera correção monetária, por evidente, não constitui senão a recomposição do valor da moeda, sem implicar,

per si, em acréscimo efetivo ao valor do tributo, devendo incidir na apuração do crédito excutido, inclusive nas parcelas referentes às multas fiscais (Súmula 45 do TFR).

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação em ação anulatória de débito proposta com o objetivo de afastar a autuação fiscal e assegurar ao contribuinte o direito de aplicar a alíquota de 12%, classificação 87.05.06.00 - cabines e não a alíquota de 28%, classificação 87.02.03.03 - camionetas (...), na sua atividade de transformar camionetas de cabine simples em cabine dupla. Impugna, ainda, os acessórios incidentes sobre o crédito tributário.

A sentença julgou improcedente o pedido, com a condenação em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a parte autora reiterando os argumentos da inicial e postulando a reforma da sentença.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte Regional. Este o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA

(Relator): A matéria devolvida ao exame da Turma envolve a discussão se a atividade exercida pela parte autora é industrialização ou não, para efeito de aplicação do IPI.

A parte autora transforma camionetas de cabine simples em cabine dupla. Tal atividade, ainda que em menor escala, é uma industrialização, pois modifica a característica do veículo, como tem entendido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A r. sentença, muito bem abordou a questão, *verbis*:

“A classificação defendida pela é própria do fabricante de carrocerias, inclusive cabines, mas como elas não as fabrica, visto que as adquire, sob encomenda, para acoplar às camionetas, é fabricante de veículos, na medida em que acrescenta utilidade nova ao produto intermediário, por isso não se deve dizer que haja nessa operação uma prestação de serviços.

Em realidade, a transformação da camioneta de cabine simples em cabine dupla, nos termos do § único do art. 46 do CTN, constitui uma operação equiparada à industrialização, vez que com isso se obtém uma espécie nova de veículo automotor, daí por que se mostra correta a classificação no código da TIPI 87.02.03.03.”

Mesmo a modificação pretendida, da classificação na posição 87.02 para 87.05 não pode ser realizada, pois a autora, para a legislação do IPI, é fabricante de veículos e não de carrocerias. Tanto é assim que a camioneta, ao entrar no estabelecimento da parte autora, é um veículo de carga, e, uma vez transformada, geralmente vira veículo de passeio. Trata-se, portanto, de um produto intermediário que, depois de ingressar no local, é acrescido de chapas fabricadas no local e transformado em outro veículo, via de regra com finalidades distintas.

Quanto aos juros moratórios, a suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, III, do CTN, não tem o condão de interromper sua fluência, pois se o crédito tributário for declarado exigível, o contribuinte estará em mora.

A mera correção monetária, por evidente, não constitui senão a recomposição do valor da moeda, sem implicar, per si, em acréscimo efetivo ao valor do tributo, devendo incidir na apuração do crédito excutido, inclusive nas parcelas referentes às multas fiscais (Súmula 45 do TFR), sem prejuízo da aplicação cumulativa dos juros de mora e da multa moratória (Súmula 209/TFR).

Em suma, o crédito tributário reveste-se de legalidade e validade, inclusive em relação aos acessórios questionados, razão pela qual a r. sentença deve ser mantida em sua totalidade.

Ante todo o exposto, nego provimento à apelação.

Este o meu voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

- Sobre a incidência de IPI na transformação de camionetas de cabine simples para cabine dupla, veja também o seguinte julgado: AMS 1999.04.01.137028-9/PR, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, publicada na RTRF3R 71/401.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0706060-51.1994.4.03.6106
(2003.03.99.033065-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: LEILA MORETTI CHIODINI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
- SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO BATISTA GONÇALVES
Classe do Processo: ApelReex 907724
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IOF. RECOLHIMENTO SOBRE TRANSMISSÃO DE AÇÕES DE COMPANHIA ABERTA. ART. 1º, IV, DA LEI Nº 8.033/90. VIOLAÇÃO AO ART.146, III, “A”, DA CF/88.

I - A Lei ordinária nº 8.0399/90, art. 1º, inciso IV, ao instituir o imposto sobre operações financeiras incidente sobre a transmissão de ações de companhia aberta, não observou norma constitucional inserta no art. 146, III, “a”, da CF/88.

II - O Órgão Especial do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região declarou a inconstitucionalidade do inciso IV, do art. 1º, da Lei nº 8.033/90.

II - Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES (Relator):

Cuida-se de ação ordinária, ajuizada por Leila Moretti Chiodini, visando a repetição do indébito relativo ao Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, Sobre Operações Relativas à Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, incidente sobre a transmissão do ouro enquanto ativo financeiro e participações acionárias de companhias abertas cujos certificados de custódias foram emitidos até 16-03-1990, conforme a Lei nº 8033/90. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.800,00.

Argumenta a autora no sentido da necessidade de lei complementar para a instituição de novas hipóteses de incidência do IOF; subordinação deste imposto aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade; violação ao princípio da tributação na origem (art. 153, § 3º, da CF/88).

A União contestou às fls. 32/38.

Processado o feito, sobreveio sentença de procedência do pedido, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária que o obrigue ao recolhimento do IOF sobre as hipóteses questionadas. Decisão submetida ao reexame necessário.

Irresignada, interpôs recurso de apelação, sustentando a reforma parcial da sentença, no ponto alusivo ao inciso IV, do art. 1º, da Lei nº 8033/90, por considerá-lo constitucional.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte Regional. É o relatório.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES (Relator):

Cuida-se da questão atinente à incidência do IOF sobre a transmissão do ouro enquanto ativo financeiro e participações acionárias de companhias abertas cujos certificados de custódias foram emitidos até 16-03-1990.

Em março de 1990, a Medida Provisória nº 168, editada pelo governo, tentou ampliar o aspecto material da hipótese de incidência do IOF, fazendo-o incidir sobre transmissão de ações de companhias abertas, saques efetuados em cadernetas de poupança, transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, transmissão ou resgate de título representativo de ouro, etc.

A Lei nº 8.033/90 previu as seguintes hipóteses de incidência para o IOF, no art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º - São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

I - transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias;

II - transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;

III - transmissão ou resgate de título representativo de ouro;

IV - transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas;

V - saques efetuados em cadernetas de poupança.” (grifei)

Preliminarmente, analiso a prescrição, por ser matéria de ordem pública.

O CTN pode atribuir ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento, independentemente de manifestação da autoridade administrativa, oportunidade em que o crédito fica definitivamente constituído.

Consoante a redação original do Art 168 inc. I do CTN o prazo para o contribuinte requerer a restituição ou a compensação é de cinco anos, iniciando sua contagem após a constituição definitiva do crédito, submetido à condição resolutória de sua homologação ao findar do prazo de cinco anos.

A Lei Complementar nº 118 de 09.02.2005, em seu Art. 3º dispôs:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”

Sob esta ótica a data do pagamento do tributo passou a ser o termo inicial da contagem da prescrição quinquenal para o pedido de repetição ou compensação dos créditos submissos a lançamento por homologação.

Como se percebe o Art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005 indicou o prazo de 120 dias de “vacatio legis” e, quanto ao Art. 3º remeteu ao disposto no Art. 106 inciso I do CTN, o qual prevê a aplicação da lei nova a ato ou fato pretérito se expressamente interpretativa, exceto se impor penalidade.

A lei nova, portanto, aplica-se ao ato ou fato pretérito quando interpretativa, passando a vigor a partir de 10 de junho de 2005.

Desta forma, apenas recolhimentos anteriores ao quinquênio que antecede ao ajuizamento da ação são passíveis de reconhecimento de prescrição.

In casu, os fatos geradores ocorreram em 29-03-1990 e 16-05-1990, sendo a ação ajuizada em outubro de 1994, dentro do prazo prescricional para a ação de repetição.

No mérito, a sentença decidiu pela inconstitucionalidade do IOF sobre transações com ouro - enquanto ativo financeiro - (Lei 8.033/90, art. 1º, I) e sobre transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas (Lei 8.033/90, art. 1º, IV), reconhecendo o direito de haver a devolução da quantia paga indevidamente.

O recurso foi parcial, sustentando, somente, a constitucionalidade do IOF sobre transmissão de ações de companhia.

Todavia, a presente súplica não pode ser acolhida.

A Lei ordinária nº 8.033/90, art. 1º, IV, ao instituir nova hipótese de incidência tributária para o IOF, desobedeceu a norma constitucional inserta no art. 146, III, “a”, da CF/88.

Sobre tal matéria (incidência do IOF sobre a transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas) pronunciou-se o Eg. Órgão Especial deste Terceiro Regional, quando da Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 95.03.056130-2, Rel. Des. Fed. Lúcia Figueiredo, reconhecendo a inconstitucionalidade desse tributo, conforme aresto abaixo transcrito:

“DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. RECOLHIMENTO DO IOF INCIDENTE SOBRE A TRANSMISSÃO DE AÇÕES DE COMPANHIAS ABERTAS E DAS CONSEQÜENTES BONIFICAÇÕES EMITIDAS. APLICAÇÃO DO ART. 146, III, ‘A’ DA CF/88.

I. Em atenção ao que dispõe o art. 146, III, ‘a’, da Constituição da República, a hipótese de incidência tributária do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF (art. 1º, IV, da Lei nº 8.033/90), por não se encontrar prevista pelo Código Tributário Nacional, apenas poderia ser veiculada por meio de lei complementar.

II. Inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 1º, da Lei nº 8.033/90.”

Quanto ao valor a ser repetido, no cálculo da correção monetária deve ser aplicado o Manual de Orientação e Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/2007, do Conselho da Justiça Federal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0036168-83.1998.4.03.6100
(2006.03.99.045791-6)

Apelantes: BANCO CENTRAL DO BRASIL E BANCO BMD S/A
Apelada: VALTRA DO BRASIL LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: ApelReex 1162560
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL - CONTRATO DE CÂMBIO PARA LIQUIDAÇÃO FUTURA - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO - BACEN - PRESENÇA DE INTERESSE DIRETO DA AUTARQUIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE MANDATO - NÃO CONFIGURADA - COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL LEGITIMIDADE - RESTITUIÇÃO OU PAGAMENTO DOS CONTRATOS - NÃO CABIMENTO.

1 - Quanto às preliminares de ilegitimidade passiva e de ausência de relação de mandato levantadas pelo BACEN, observa-se que estas estão imbricadas.

2 - As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, cuja execução ficará a cargo de interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, com plenos poderes de gestão. Ademais, em seu art. 6º, a Lei nº 6.024/74 prevê que “a intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos: a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação”.

3 - Assim, ainda que nenhum recurso tenha sido retido pelo

BACEN, a verdade é que a instituição financeira se tornou inadimplente em face de suas obrigações contratuais, em face da intervenção decretada pelo BACEN, por força de disposição da lei.

4 - Na medida em que o BACEN é responsável pelo funcionamento das instituições financeiras, bem como pela intervenção, indiscutivelmente, a competência é da Justiça Federal para dirimir o presente litígio. Preliminares afastadas.

5 - No mérito, BMD S/A, ao receber o adiantamento da moeda estrangeira passou a assumir o risco (perdas e ganhos) de uma possível variação cambial. Ainda que o perito judicial assim não entenda, referido adiantamento representa, pois, verdadeira aplicação financeira, na medida em que se tratando de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode fazê-lo voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação. Existe, desta feita, verdadeira aplicação financeira, visando, ao mesmo tempo, o *hedge* e os rendimentos, com os riscos inerentes, inclusive o de insolvência do tomador.

6 - A restituição ou pagamento dos contratos, como pede a autora, implicaria inobservância ao princípio do “par conditio creditorum”, pois daria à parte autora, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial.

7 - Afastadas as preliminares arguidas pelo BACEN, e no mérito providas as apelações dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares arguidas pelo BACEN e, no mérito, dar provimento às apelações

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

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelos réus, nos autos de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em face do BANCO CENTRAL DO BRASIL e BANCO MERCANTIL DE DESCONTO S/A - BMD, para, alternativamente, ter a autora reconhecido o direito à restituição dos valores consignados em contratos de câmbio celebrados com o Banco BMD S/A, instituição financeira em liquidação extrajudicial, na época da propositura da ação, ou o cumprimento dos respectivos contratos com a efetivação dos pagamentos neles previstos.

A ação foi ajuizada em 26/08/98 e o valor dado a acusa é de R\$ 10.000,00.

Alega a autora que celebrou com o BMD S/A vários contratos de câmbio, conforme indicados no presente feito, com o escopo de pagar seus fornecedores estrangeiros.

Ocorre que decretada a liquidação extrajudicial da referida instituição financeira, não foram efetuados os pagamentos relativos aos contratos de câmbio, assim como não foram os valores devolvidos à autora, ora apelada.

Alega que os recursos entregues à instituição financeira, não podem ser considerados créditos pertencentes à massa, na medida em que o banco é mero depositário do valor, bem como mandatário da autora para a realização dos pagamentos previstos nos mencionados contratos.

O pedido de tutela foi indeferido, e interposto agravo de instrumento, foi deferido efeito suspensivo ao recurso.

Contestado o feito, e produzida prova pericial, sobreveio sentença.

Em decisão monocrática, a MM. Juíza “a quo”, julgou

procedente a presente ação, tornando definitiva a restituição das garantias determinadas em decisão cuja cópia foi acostada a fls. 12. Condenou ainda os réus no pagamento de honorários advocatícios no patamar de 5% sobre o valor da causa corrigido monetariamente.

Apela o BMD S/A, em liquidação extrajudicial, requerendo a reforma da sentença, sob o argumento de que a restituição do dinheiro só é possível quando a instituição financeira, nas condições em que se encontra o apelante, não tenha a disponibilidade do dinheiro, seja nas hipóteses de depósito regular ou em custódia, seja quando o recurso é recebido em nome de outrem, não se encontrando a apelada em nenhuma das situações.

O BACEN também apela, arguindo em preliminar, incompetência absoluta da Justiça Federal, ilegitimidade passiva da apelante, ausência de relação de mandato, já que o contratante é livre para a escolha da instituição financeira para firmar o contrato de câmbio, e no mérito, requer a reforma da sentença.

Com contrarrazões subiram os autos a este E. Tribunal.

Hipótese de revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelos réus, nos autos de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em face do BANCO CENTRAL DO BRASIL e BANCO MERCANTIL DE DESCONTO S/A - BMD, para, alternativamente, ter a autora reconhecido o direito à restituição dos valores consignados em contratos de câmbio celebrados com o Banco BMD S/A, instituição financeira em liquidação extrajudicial, na época da propositura da ação, ou o cumprimento dos respectivos contratos com a efetivação dos pagamentos neles previstos.

Analisando ao presente feito, observa-se que a autora, ora apelada, argumenta no sentido de que a celebração dos contratos

em discussão decorre de imposição legal, qual seja, a Resolução 2.342, de dezembro de 1996, regulamentando a Medida Provisória 1569-16/98 que estabelece penalidade pecuniária para a não contratação cambial, bem como para a não realização do depósito prévio da respectiva quantia.

Da mesma forma, assevera a autora que em 15 de maio de 1998, mediante Comunicação 6170 do BACEN foi decretada a liquidação extrajudicial do BMD, não tendo sido efetuados, os pagamentos previstos nos contratos de câmbio futuro em questão.

Cumpr, primeiramente, examinar as preliminares levantadas pelo BACEN.

Quanto às preliminares de ilegitimidade passiva e de ausência de relação de mandato levantadas pelo BACEN, observa-se que estas estão imbricadas, assim serão analisadas conjuntamente a seguir.

Pois bem, observando os preceitos da Lei nº 6.024/74, verifica-se que, de acordo com o art. 1º do referido diploma legal, resta previsto que:

“Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação.”

Prosseguindo na análise do mesmo ato normativo, apura-se que nos termos do art. 3º “a intervenção será decretada ‘ex officio’ pelo Banco Central do Brasil, ou por solicitação dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto lhes conferir esta competência - com indicação das causas do pedido, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal em que incorrerem os mesmos administradores, cuja execução ficará a cargo de interventor nomeado pelo Banco Central do Brasil, com planos poderes de gestão.”

Ainda, em seu art. 6º, a Lei nº 6.024/74 prevê que “a intervenção produzirá, desde sua decretação, os seguintes efeitos: a) suspensão da exigibilidade das obrigações vencidas; b) suspensão da fluência do prazo das obrigações vincendas anteriormente contraídas; c) inexigibilidade dos depósitos já existentes à data de sua decretação”.

Assim, há de se concluir no sentido de que ainda que nenhum recurso tenha sido retido pelo BACEN, a verdade é que a instituição financeira se tornou inadimplente em face de suas obrigações contratuais, em virtude da intervenção decretada pelo BACEN, por força de disposição da lei.

Desta feita, muito embora o BACEN não seja diretamente responsável pelos contratos de câmbio futuro firmados entre as partes, na medida em que pratica ato administrativo autorizativo, há manifesta legitimidade no sentido de ser parte na presente relação processual, vez que em decorrência do ato interventivo remanesce discussão relativa à responsabilidade pelo cumprimento dos contratos firmados pela instituição financeira, ou restituição dos respectivos numerários.

Neste sentido cito Jurisprudência deste E. Tribunal:

“COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. BACEN. LEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’. CONTRATO DE CÂMBIO COM TRAVA CAMBIAL. CUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 6.024/74.

1. *Ao BACEN como órgão executivo do sistema financeiro nacional, integrante do Conselho Monetário Nacional, compete a fiscalização e punição das instituições financeiras, cabendo-lhe ainda, além de autorizar-lhes o funcionamento, atentar para o bom funcionamento do mercado cambial. Portanto ainda que não seja diretamente responsável pelos contratos de câmbio futuro firmados entre as partes, na medida em que pratica ato administrativo autorizativo, há manifesto interesse em ser parte na relação processual, vez que em decorrência do*

ato interventivo remanesce a responsabilidade pelos contratos firmados pela instituição financeira. Preliminar de ilegitimidade passiva do BACEN que se afasta. 2. A intervenção procedida pelo BACEN em instituição financeira implica na suspensão da exigibilidade das obrigações vincendas e a suspensão do transcurso do prazo das obrigações vencidas anteriormente contratadas.

3. Na hipótese dos autos, cuida-se de realização de operações comerciais nas quais as partes celebraram contrato de câmbio para liquidação futura, não tendo, porém ocorrido adiantamento de divisas, razão porque não há qualquer possibilidade de obrigar-se à instituição em intervenção cumprir essa avença. Primeiramente porque nada recebeu por parte da empresa recorrente e, ainda porque estando em intervenção extrajudicial, haveria forte impacto sobre a massa de credores, inclusive considerando a defasagem cambial.

4. Apelação improvida.” (TRF3 - AC 199961000095767, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 863329, SEXTA TURMA, REL DES. FED. MARLI FERREIRA, PUBL. DJU DATA: 11/02/2005 PÁGINA: 189)

Assim, ocupando o polo passivo da presente relação jurídica processual, na medida em que o BACEN é responsável pelo funcionamento das instituições financeiras, bem como pela intervenção, indiscutivelmente, a competência é da Justiça Federal para dirimir o presente litígio.

Neste sentido trilha Jurisprudência, confirmando os ditames do ordenamento jurídico:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO CAUSADO POR PREPOSTO DO BACEN. PRESENÇA DE INTERESSE DIRETO DA AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Tendo o alegado prejuízo advindo de ato praticado por

preposto do Banco Central do Brasil - BACEN, o qual fora por ele nomeado como liquidante do Banco Econômico S. A. - BESA, resulta claro a responsabilidade da autarquia por eventual dano resultante da atuação daquele.

2. Compete à Justiça Federal a apreciação do pleito de ressarcimento do dano causado pelo suposto ato ímprobo. Pedido esse expressamente formulado na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal, que tem legitimidade e interesse para fazê-lo (posto que a autarquia federal (BACEN) pode ser diretamente responsabilizada pelos eventuais prejudicados) e cuja presença na lide também justifica a competência da Justiça Federal, uma vez que é ele, o Ministério Público Federal, Órgão da União.

3. A existência de causa com pedido semelhante na Justiça Estadual não influi na competência que é absoluta no caso. Presente interesse direto de ente federal, prevalece a competência da Justiça Federal por força do disposto no art. 109, I, da CF/88.

4. Agravo de Instrumento provido.” (TRF1 - AG 200501000587971, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200501000587971, QUARTA TURMA, REL. JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL (CONV), PUBL. DJF1 DATA: 08/08/2008 PAGINA: 27)

Afasto, desta feita, as preliminares levantadas pelo BACEN.

Quanto ao mérito, mister se faz asseverar que de acordo com a prova pericial produzida nos respectivos autos, a autora, ora apelada, celebrou junto ao BMD S/A, pagando-lhe em moeda nacional os respectivos valores em moeda estrangeira, no período compreendido entre 15/12/97 a 15/03/98 com liquidação para datas compreendidas entre 15/05/98 e 28/10/98 (fls. 23/106) com o escopo de assegurar a liquidação de seus compromissos, quando dos vencimentos (fls. 652/653).

Conforme também comprovado quando da realização da prova pericial, os contratos de cambio tiveram como escopo

assegurar a liquidação futura dos compromissos arcados pela autora, ora apelada.

Ainda que a perícia afirme que tais operações não podem ser confundidas com operações financeiras, a verdade é que como foi afirmado pelo Senhor Perito Judicial, o réu - BMD S/A, ao receber o adiantamento da moeda estrangeira passou a assumir o risco (perdas e ganhos) de uma possível variação cambial (fl. 654 - item 10).

Os Tribunais pátrios trilham no sentido de que se trata de verdadeira aplicação financeira, na medida em que se tratando de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode, fazê-lo voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado até a data da liquidação.

Existe, desta feita, verdadeira aplicação financeira, visando, ao mesmo tempo, o *hedge* e os rendimentos, com os riscos inerentes, inclusive o de insolvência do tomador.

Confira-se a Jurisprudência pátria:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE CÂMBIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 133 DO STJ.

1. A jurisprudência formada no STF e no STJ a respeito da restituição de valores referentes aos contratos de câmbio diz respeito àqueles ADIANTADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO FALIDO, e não o contrário. 2. Na verdade, não se poderia aplicar ao procedimento de liquidação extrajudicial das instituições financeiras, que segue regime especial, dispositivo legal pertinente exclusivamente à falência. 3. Ainda que assim não fosse, o fato de o contrato de câmbio ser destinado a liquidação futura inverte a natureza dos valores voluntariamente adiantados à instituição financeira pelo cliente. 4. O contrato de câmbio, em si mesmo, não constitui operação de crédito, destinando-se

ao controle das divisas nacionais pela autoridade monetária. Quando destinado à pronta liquidação, a instituição financeira atua como mero intermediário entre aquele que pretende trocar divisas e o Banco Central. Por isso mesmo, ela é mera detentora do numerário, passível de restituição.

5. *Contudo, tratando-se de contrato para liquidação futura, o contratante não está obrigado a entregar antecipadamente os valores envolvidos. Pode fazê-lo voluntariamente, a fim de assegurar a cotação da moeda estrangeira e ainda obter remuneração pelo valor depositado, até a data da liquidação.* Existe, destarte, verdadeira aplicação financeira, visando, ao mesmo tempo, o *hedge* e os rendimentos, com os riscos inerentes, inclusive o de insolvência do tomador. Esses valores constituem crédito sujeito ao concurso de credores, como o de qualquer correntista ou aplicador.

6. *Agravo a que se nega provimento.”* (TRF3 - AC 200603990260343, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1129933, SEGUNDA TURMA, REL. DES. FED. HENRIQUE HERKENHOFF, PUBL. DJF3 CJ1 DATA: 05/11/2009 PÁGINA: 24).

Verificando as provas produzidas nos respectivos autos, conclui-se no sentido de que os vencimentos dos contratos de câmbios são posteriores à data da decretação de intervenção da instituição financeira, aliás, fato este que é afirmado pela própria autora, ora apelada.

É de se concluir que a restituição ou pagamento dos contratos, como pede a autora, implicaria inobservância ao princípio do “*par conditio creditorum*”, pois daria a parte autora, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial e falência.

Neste sentido, reiteradamente vem entendendo a Jurisprudência:

“AGRAVO LEGAL. MERA REPRODUÇÃO MECÂNICA

DA MINUTA, DAS RAZÕES OU DO TEOR DE OUTROS RECURSOS E PEÇAS PROCESSUAIS. RECURSO NÃO ADMITIDO. INDISPENSABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU O RECURSO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Primeiramente deixo de admitir o agravo legal de fls. 354/370 (dos autos nº 2005.03.99.021662-3) interposto nos autos da ação cautelar. 2. Sua minuta é a mera reprodução mecânica da minuta de fls. 476/490 dos autos nº 2005.03.99.021663-5, sem a menor singularização, sem a menor impugnação aos fundamentos próprios da decisão de fls. 354/370 daqueles autos. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa em afirmar que, no âmbito das demandas em massa, a mera reprodução mecânica da contestação, a título de razões recursais, não tem o efeito de preencher o requisito de admissibilidade do art. 514, inciso II, do CPC. 4. Acerca da insuficiência, como razões recursais, da mera reprodução mecânica das razões ou da minuta de outras peças ou recursos, ou sobre as razões recursais dissociadas dos fundamentos da decisão: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Conheço, contudo, do recurso de fls. 476/490 dos autos nº 2005.03.99.021663-5 para, a ele, negar provimento. 6. Depois se vem afirmando que a admissibilidade do agravo legal depende da demonstração *ab initio* da desconformidade da decisão monocrática com a disciplina do art. 557 do Código de Processo Civil brasileiro - CPC. 7. Foi assim que, no ponto, afirma-se que ‘Obviamente, entre a Lei Federal nº 6.024/1974 e o Estatuto de Falência (antigo Decreto-lei nº 7.661/1945 e atual Lei Federal nº 11.101/2005) há uma relação de complementariedade, pelo que, as disposições deste que são afins àquele aplicam-se à liquidação extrajudicial de instituição financeira (art. 34 da Lei Federal 6.024/1974). Logo, estipula o “caput” do art. 46 do revogado Decreto-lei nº 7.661/1945 que se compensam as

dívidas do falido vencidas até o dia da declaração da falência, provenha o vencimento da própria sentença declaratória ou da expiração do prazo estipulado. Ressalte-se, essa era a condição: o vencimento da dívida até o dia da declaração da falência, o que, *mutatis mutandis*, equivale ao dia da decretação da intervenção extrajudicial. Contudo, as provas dos autos indicam a decretação da intervenção extrajudicial em 15.5.97 (fl. 33), enquanto que as operações de câmbio respectivas, cujas compensações são pretendidas pelo autor, estão datadas de 25.5.1997 e 26.7.1997 (fls. 34/51). É claro que esta hipótese não está acobertada pela norma do art. 46, “caput”, do Decreto-lei nº 7.661/1945, e a compensação, nesses termos, obviamente, implicaria inobservância ao princípio do par *conditio creditorum*, pois daria a parte autora, em relação aos demais credores, uma prerrogativa ilegal, excluindo-a da socialização dos riscos e perdas que permeiam o processo de liquidação extrajudicial e falência. Logo, está afastada a disciplina do art. 1009 do Código Civil de 1916, isto é, a hipótese aduzida não se subsume à disciplina da compensação, aplicada aos casos de liquidação extrajudicial de instituição financeira, porque não observa um seu pressuposto específico e indispensável, que é o vencimento do contrato de câmbio antes da decretação da liquidação pelo Banco Central (art. 34 da Lei federal nº 6.024/74, c. c. o art. 46 do Decreto-lei nº 7.661/1945). Está igualmente claro que, havendo um fundamento suficiente para negar provimento ao recurso, dispensa-se o órgão jurisdicional ad quem de pronunciar-se sobre todas as alegações recursais; aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em asseverar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (...). Com o desprovimento

do recurso da parte autora, fica prejudicada a tese do “descabimento das penalidades”. Enfim, a tese de “justa recusa do pagamento do valor antecipado” têm o flagrante propósito de inovar na lide, após a formação da *litis contestatio*, o que se não admite sem o consentimento dos co-réus, em razão dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade da relação processual (...)’ 8. Não conhecido o agravo legal de fls. 354/370 (autos nº 2005.03.99.021662-3) e negado provimento ao agravo legal de fls. 476/490 (autos nº 2005.03.99.021663-5).” (TRF3 - AC 200503990216635, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1028723, QUINTA TURMA, REL. DES. FED. RAMZA TARTUCE, PUBL. DJF3 CJ1 DATA: 20/07/2010 PÁGINA: 353).

Não assiste, assim, razão a autora, ao requerer a restituição ou alternativamente, o cumprimento dos contratos de câmbio firmados com o réu BMD S/A.

Inverto a condenação em verba honorária para fixando o pagamento de 10% sobre o valor da causa para cada réu.

Ante o exposto, afasto as preliminares arguidas pela BACEN, e no mérito dou provimento às apelações dos réus.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0048943-33.1998.4.03.6100
(2000.03.99.026444-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: ANTONIO AUGUSTO CESAR
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO
Classe do Processo: AMS 200924
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2010

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - CADIN - FINALIDADE DE CONSULTA - INTERESSE PÚBLICO - PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - SUSPENSÃO - ARTIGO 7º DA LEI 10.522/02 - POSSIBILIDADE.

I. O CADIN se constitui em cadastro de devedores do setor público federal, utilizado como meio de consulta pelos órgãos da Administração nos casos em que estejam envolvidos recursos públicos. A sua existência atende ao interesse público e se escora no princípio da moralidade administrativa.

II. O E. STF por ocasião do julgamento da Adin 1454 entendeu que a simples inclusão no CADIN, com a finalidade de consulta, é mero ato informativo que não tem repercussão sobre direitos ou interesses de terceiros, mantendo a vigência do disposto no artigo 6º da Medida Provisória 1490/96.

III. No presente caso o impetrante demonstrou que o débito que ensejou sua inscrição no CADIN é objeto de execução fiscal que se encontra garantida por penhora. Além disso, em referida execução foram opostos embargos do devedor onde foi reconhecida a prescrição favoravelmente ao devedor (fls. 37 a 39). Tal situação, embora não enseje a exclusão do nome do impetrante, admite a suspensão de sua inscrição.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator): Cuida-se de mandado de segurança ajuizado contra o Sr. Procurador Regional da Fazenda Nacional e contra o Sr. Delegado do Banco Central em São Paulo, com o objetivo de excluir o nome do impetrante do Cadastro de Informações - CADIN, a fim de que este não venha a sofrer represálias comerciais e financeiras, além de prejuízos de ordem moral.

Alega o impetrante que lhe foi negada a concessão de limite de cheque especial por instituição financeira ante a existência de inscrição junto ao CADIN. Esclarece que o débito em questão é objeto de execução fiscal garantida por penhora, tendo lhe sido favorável a decisão proferida em embargos à execução que reconheceu a sua prescrição. Além disso, aduz que a existência do referido cadastro informativo fere dispositivos constitucionais e legais.

O pedido de liminar foi deferido.

As autoridades prestaram informações, e o Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança.

A sentença reconheceu a ilegitimidade passiva “ad causam” do Sr. Delegado do Banco Central em São Paulo e, no mérito, julgou procedente o pedido. Sem condenação em honorários advocatícios, a sentença foi submetida ao reexame necessário.

Em apelação, a impetrante pugnou pela reforma da sentença. Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial da apelação, reconhecendo o direito à suspensão do registro no CADIN.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator): Trata-se de mandado de segurança onde a impetrante busca a exclusão de seu nome junto ao CADIN.

O CADIN se constitui em cadastro de devedores do setor público federal, utilizado como meio de consulta pelos órgãos da Administração nos casos em que estejam envolvidos recursos públicos. A sua existência atende ao interesse público e se escora no princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido: TRF - 3ª REGIÃO - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 191114 Processo: 2003.03.00.065125-3: SP - PRIMEIRA TURMA - JUIZ JOHONSOM DI SALVO - Data da Decisão: 29/03/2005 - DJU DATA: 28/04/2005 - PÁGINA: 356.

O E. STF por ocasião do julgamento da Adin 1454 entendeu que a simples inclusão no CADIN, com a finalidade de consulta, é mero ato informativo que não tem repercussão sobre direitos ou interesses de terceiros, mantendo a vigência do disposto no artigo 6º da Medida Provisória 1490/96.

A E. Sexta Turma desta Corte também já se pronunciou sobre a validade da inscrição de inadimplentes no referido cadastro por ocasião do AGRAVO DE INSTRUMENTO - 156356 - Processo: 2002.03.00.026128-8 UF: SP - Data da Decisão: 27/08/2003 de Relatoria do Desembargador Federal Mairan Maia, onde se assentou que: “A simples previsão de inscrição em cadastro próprio de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas há mais de sessenta dias, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, não se revela inconstitucional, pois nenhum prejuízo acarreta ao contribuinte”.

Portanto, afasta-se a alegação de que a existência do CADIN fere dispositivos legais ou constitucionais, sendo plenamente compatível com o ordenamento jurídico.

Por outro lado, admite a lei a suspensão do registro no Cadin, nos termos do artigo 7º da Lei 10522/2002, “in verbis”:

“Art. 7º Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:

I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;

II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.”

No presente caso o impetrante demonstrou que o débito que ensejou sua inscrição no CADIN é objeto de execução fiscal que se encontra garantida por penhora. Além disso, em referida execução foram opostos embargos do devedor onde foi reconhecida a prescrição favoravelmente ao devedor (fls. 37 a 39). Tal situação, embora não enseje a exclusão do nome do impetrante, admite a suspensão de sua inscrição.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, reconhecendo ao impetrante o direito à suspensão do registro no CADIN.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0053177-24.1999.4.03.6100
(1999.61.00.053177-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apeladas: UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES - UNE E UNIÃO
ESTADUAL DOS ESTUDANTES - UEE-SP
Remetente : JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: ApelReex 693234
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2010

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA - PEDIDO CERTO E DETERMINADO - FIES - FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR - ART. 3º, § 3º DA PORTARIA Nº 1.386/99 - ILEGALIDADE.

1. Legitimidade ativa de associações constituídas há mais de um ano, que têm como finalidade institucional a proteção e a defesa dos interesses difusos e coletivos dos estudantes brasileiros de terceiro grau, nos termos do art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85 e consoante prevêm expressamente os estatutos das entidades.
2. Não se há falar em inépcia da petição inicial, visto ter sido formulado pedido certo e determinado de molde a afastar as restrições contidas na Portaria nº 1.386/99, por reputá-las ilegais e inconstitucionais.
3. O FIES, fundo de financiamento ao estudante de ensino superior foi instituído na Medida Provisória nº 1.865/99. Com intuito de assegurar o cumprimento do dispositivo legal, foi editada a Portaria nº 1.386/99, que no art. 3º, § 3º impôs como condição para participação do programa que a parcela da mensalidade não sujeita a financiamento não excedesse 60% da renda *per capita* do grupo familiar.
4. Essa imposição extrapolou o dispositivo legal inserto na Medida Provisória nº 1.865/99, que nada dispôs a esse

respeito, e ao assim proceder, incorreu em ilegalidade.

5. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

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, 30 de setembro de 2010.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de ação civil pública ajuizada por União Nacional dos Estudantes - UNE e União Estadual dos Estudantes - UEE - SP, com objetivo de afastar as disposições contidas no art. 3º da Portaria nº 1.386/99 consistentes na exigência de renda mínima para que o estudante tenha direito ao financiamento do curso superior, a garantia do contrato mediante fiador idôneo, a impossibilidade de interposição de recurso do indeferimento do pedido de financiamento e a inexistência de listas nas quais conste o candidato não aprovado, bem assim o não fornecimento de cópia do contrato aos estudantes que adiram ao programa.

Aduz-se ilegalidade e inconstitucionalidade da aludida portaria por criar condições não previstas na Medida Provisória nº 1.865/99 que instituiu o FIES, fundo de financiamento aos estudantes de ensino superior.

Às fls. 100/108 foi concedida medida liminar para suspender os efeitos da Portaria nº 1.386/1999.

A União Federal noticiou a interposição de agravo de instrumento da decisão que concedeu a liminar, cuja decisão deferiu parcialmente o efeito suspensivo, tão-somente para manter

a suspensão do art. 3º, § 3º da Medida Provisória nº 1.386/99 do MEC.

Às fls. 113/115 as autoras ingressaram petição nos autos e requereram a extensão dos efeitos da decisão que deferiu a liminar à Portaria nº 2.387/99, a ela complementar, pedido este indeferido às fls. 119 e verso.

A União Federal contestou o feito. Arguiu, preliminarmente, inadequação da via eleita, ilegitimidade ativa e inépcia da inicial. No mérito, requereu a improcedência do feito.

As autoras ofereceram réplica às fls. 163/166.

Instadas a especificar provas, as autoras pugnaram a produção de prova testemunhal às fls. 172.

O Ministério Público Federal opinou pelo julgamento antecipado da lide e pela procedência do feito.

A sentença rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, com fundamento no art. 330, I do CPC, acolheu em parte o pedido para afastar as restrições impostas no art. 3º, § 3º da Portaria nº 1.386/99 e declarou sua inconstitucionalidade. Reexame necessário na forma da lei. Honorários advocatícios devidos nos termos do art. 20 do CPC.

A União Federal apelou e requereu a reforma da sentença.

Com contrarrazões de apelação, os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Inicialmente, aponto a legitimidade ativa das autoras, associações constituídas há mais de um ano, que têm como finalidade institucional a proteção e a defesa dos interesses difusos e coletivos dos estudantes brasileiros de terceiro grau, nos termos do

art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85 e consoante prevêm expressamente os estatutos das entidades (fls. 32 e 69).

Igualmente, não se há falar em inépcia da petição inicial, visto ter sido formulado pedido certo e determinado de molde a afastar as restrições contidas na Portaria nº 1.386/99, por reputá-las ilegais e inconstitucionais.

Passo à apreciação da matéria de fundo.

O FIES, fundo de financiamento ao estudante de ensino superior foi instituído na Medida Provisória nº 1.865/99, que assim dispõe:

“Fica instituído, nos termos desta Medida Provisória, o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES, de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva, de acordo com regulamentação própria, nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação.”

Com intuito de assegurar o cumprimento do dispositivo legal, foi editada a Portaria nº 1.386/99, que no art. 3º, § 3º impôs como condição para participação do programa que a parcela da mensalidade não sujeita a financiamento não excedesse 60% da renda “per capita” do grupo familiar.

Essa imposição extrapolou o dispositivo legal inserto na Medida Provisória nº 1.865/99, que nada dispôs a esse respeito, e ao assim proceder, incorreu em ilegalidade.

Com efeito, a única limitação imposta na aludida Medida Provisória refere-se ao percentual destinado a financiamento, que não pode ultrapassar 70% do valor da mensalidade, *verbis*:

“Art. 4º. São passíveis de financiamento pelo FIES até setenta por cento dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino superior devidamente cadastradas para este fim pelo Ministério da Educação, em contraprestação aos cursos de graduação em que estejam regularmente matriculados.”

Por conseguinte, não tendo a lei imposto essa condição para inscrição no FIES, não é razoável que superveniente Portaria, ato infralegal, expedida com a finalidade de regulamentação, inove no mundo jurídico e estabeleça condições não previstas em lei.

Outrossim, ressalte-se ofensa ao princípio da isonomia, visto que a disposição exclui justamente aqueles que, não obstante se enquadrem entre os destinatários do financiamento, em razão de sua maior carência, renda familiar inferior ao percentual fixado, ficam excluídos do benefício pretendido.

Como bem ponderou o Ministério Público Federal atuante em segundo grau: “Esta restrição exclui exatamente a parcela da população que mais precisa deste financiamento: os realmente pobres. Desta forma contraria o princípio da isonomia e impede o ensino amplo e restrito a toda população. Viola assim um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil; a redução das desigualdades, conforme disposto no art. 3º da Carta Magna.”

Ademais, o preceito contido na malfadada portaria contraria as disposições do art. 205 da Constituição Federal, que consagra a educação como meio de assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, além de ofender o art. 206, I que se refere à persecução do princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

Todavia, no atinente às demais condições previstas na Portaria impugnada, concernentes ao prazo, fluência de juros e garantia mediante fiador, não há ofensa aos dispositivos legais e constitucionais, visto estarem previstas no art. 5º da Medida Provisória 1.865/99 de molde a assegurar o cumprimento do financiamento.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0105293-47.1999.4.03.9999
(1999.03.99.105293-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: ROBERTO MAX FERREIRA
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SANTA ADÉLIA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO CONRADO
Classe do Processo: AC 547321
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/11/2010

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGULARIDADE FISCAL. RECURSO IMPROVIDO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

I - O caso concreto cinge-se à verificação da exigibilidade da multa que é cobrada do executado, na condição de Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos.

II - Referida multa decorreria de um único fato (averbação à revelia da apresentação de documento comprobatório de regularidade fiscal), desdobrado em dois eventos - o primeiro relacionado à demolição de um imóvel; o segundo, à construção de um outro.

III - A demolição ocorrera antes (1966) da edição do diploma que representaria, nos termos expressos da CDA exequenda, a base da cobrança. É o quanto basta para que se conclua pelo descabimento da multa.

IV - Quanto à construção, uma vez enquadrado em regime de isenção quanto à exigência de CND, o imóvel não poderia suscitar, pelo executado-embargante, a referida imposição.

V - Recurso improvido. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia TURMA A do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): R. sentença julgou procedentes embargos opostos com o propósito afastar exigência de multa aplicada em desfavor do então Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Santa Adélia. A multa em questão decorreria do fato de referido Oficial ter providenciado duas averbações - uma primeira, relativa à demolição de um imóvel; a segunda, à construção de outro - sem a devida apresentação de CND.

Insatisfeito, o INSS apela, dizendo, em suma, que a multa em cobro seria devida, uma vez irregularmente dispensada, pelo executado-embargante, a apresentação do sobredito documento.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensável a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): Tomo por determinada, de plano, a remessa oficial, uma vez incluída a hipótese dos autos no art. 475 do Código de Processo Civil - observada a redação que ostentava ao tempo da prolação da r. sentença apelada.

Pois bem. O caso concreto cinge-se à verificação da exigibilidade da multa que é cobrada do executado, na condição de Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Santa Adélia.

Segundo se vê dos autos, referida multa decorreria de um único fato (averbação à revelia da apresentação de documento comprobatório de regularidade fiscal), desdobrado, porém, em dois eventos - o primeiro relacionado à demolição de um imóvel; o segundo, à construção de um outro.

Tomo, nessa ordem de ideias, o primeiro dos referidos eventos - a demolição -, analisando-o.

Não há dúvida, assim vejo dos autos, de que referido evento ocorrera antes (1966) da edição do diploma que representaria, nos termos expressos da CDA exequenda, a base da cobrança (Lei nº 8.212/91). Isso, adiante, é o quanto basta para que se conclua pelo descabimento da multa, ao menos em relação à decantada demolição: não há como se falar, à evidência, em sanção aplicada nos termos de lei anterior ao evento que a assenta. E nem se cogite, como quer o INSS em sua apelação, que o diploma vigente à época da demolição daria à questão o mesmo tratamento da Lei nº 8.212/91, convalidando-se, com isso, a cobrança: é absolutamente indiferente que tal ocorra, uma vez que a equivocada referência, no corpo da CDA, à mencionada lei (a 8.212/91, reitere-se) é suficiente para infirmar a viabilidade do título em que se escuda a ação principal.

Passo, isso firmado, à análise do segundo dos eventos antes referidos - a construção -, sobre o qual, como antes, irretocável se mostra a r. sentença apelada.

É que, uma vez enquadrado em regime de isenção quanto à exigência de CND, o imóvel de cuja construção se fala não poderia suscitar, pelo executado-embargante, a referida imposição, conclusão que se reforça dado que, ao reverso do que sustenta o INSS, não há, na espécie, prova qualquer que infirmasse o preenchimento das condições necessárias ao enquadramento antes mencionado, tudo de modo a intuir que a imposição de multa teria se dado, em nível administrativo, à revelia de prova do fato que a justificava, tal seja, o indevido enquadramento do caso no regime de isenção - tal enquadramento, considerado o caderno de documentos então ofertado, foi processado em termos absolutamente incensuráveis, inclusive no que diz com a destinação do

imóvel (unifamiliar e de uso próprio), atacada pelo INSS à revelia de qualquer prova.

Isso posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001713-27.2000.4.03.6002
(2000.60.02.001713-2)

Apelante: GUMERCINDO ZARACHO CALONGA
Codinome: GUMERCINDO SARACHO CALONGA
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AC 934622
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/11/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO. APLICAÇÃO DE PENA DE PERDIMENTO. TRATADO DE ASSUNÇÃO. LIVRE CIRCULAÇÃO DE “VEÍCULOS COMUNITÁRIOS”. TRÂNSITO DO VEÍCULO NA ZONA DE FRONTEIRA DO BRASIL COM O PARAGUAI, PAÍS DE RESIDÊNCIA DO CONDUTOR E DO PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE MÁ-FÉ. AFASTAMENTO DA PENA DE PERDIMENTO.

1. O Tratado de Assunção, que instituiu o MERCOSUL, permite a livre circulação de “veículos comunitários”, assim entendidos como aqueles “cuja circulação no País está disciplinada pela PRT-16/95 do Ministério da Fazenda, que dispensa qualquer formalidade aduaneira” (TRF4 Região, AMS 97.04.24243-3, Rel. Juíza SILVIA GORAIEB).
2. No caso concreto, o condutor do veículo, filho do proprietário, transitava na zona de fronteira do Brasil com o Paraguai, país de residência de ambos, condutor e proprietário.
3. A Jurisprudência tem afirmado a impossibilidade de se presumir má-fé, de sorte a permitir a decretação da pena de perdimento (REOAC 2009.70.02.000592-6, TRF4 e REOMS 2004.60.00.003867-6, TRF3).
4. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator): Trata-se de apelação interposta por GUMERCINDO ZARACHO CALONGA contra sentença que julgou improcedente o pedido posto nos autos.

O apelante pede a reforma do julgado, batendo-se pela procedência do pedido.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator): A sentença há de ser reformada.

Com efeito, o Tratado de Assunção, que instituiu o MERCOSUL, permite a livre circulação de “veículos comunitários”, assim entendidos como aqueles “cuja circulação no País está disciplinada pela PRT-16/95 do Ministério da Fazenda, que dispensa qualquer formalidade aduaneira” (TRF4 Região, AMS 97.04.24243-3, Rel. Juíza SILVIA GORAIEB).

No caso concreto, o condutor do veículo, filho do proprietário, transitava na zona de fronteira do Brasil com o Paraguai, país de residência de ambos, condutor e proprietário.

Em casos tais a Jurisprudência tem afirmado a impossibilidade de se presumir má-fé, de sorte a permitir a decretação da pena de perdimento, como se vê de precedentes dessa Corte e do TRF4, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 5º, XV DA LEI FUNDAMENTAL C/C RESOLUÇÃO Nº 131/94 DO MERCOSUL. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE ÂNIMO DE INTERNAR O BEM. BOA-FÉ NÃO AFASTADA.

I. Nos termos da Constituição Federal, art. 5, XV, qualquer pessoa pode ingressar, permanecer e sair do território brasileiro, com seus bens, em tempo de paz, nos termos da lei.

II. A Resolução MERCOSUL/GMC nº 131/94, aprovando o projeto de normas relativas à circulação de veículos comunitários do Mercosul de uso particular exclusivo de turistas, internada pelo Decreto nº 1.765/1995, dispõe eles ‘deverão ser conduzidos pelo proprietário ou pela pessoa por ele autorizada’ (art. 8, item 1), mas de qualquer maneira ‘o condutor deverá ser residente no Estado Parte de registro ou matrícula do veículo’ (art. 8, item 3).

III. Embora o quadro fático não se enquadre nas benesses do Direito Comunitário do Mercosul, porque não se tratava de condutor turista, há razões suficientes para se afastar a pena de perdimento do veículo, uma vez que não preponderou a intenção de internalizar o bem, usado para fins turísticos.

IV. Remessa oficial desprovida.” (REOMS 2004.60.00.003867-6, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto, DJe 8/2/2010)

“TRIBUTÁRIO. VEÍCULO ESTRANGEIRO. LIVRE CIRCULAÇÃO. DUPLO DOMICÍLIO. PARAGUAI E BRASIL. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. O proprietário de veículo estrangeiro tem direito à livre locomoção no território brasileiro, desde que seja ele domiciliado no país

de procedência do bem ou, ainda que tenha domicílio no Brasil, existindo razões concretas para o trânsito entre os países, tais como vínculos de natureza familiar e negocial. Não havendo fraude na internalização do veículo, é afastada a apreensão e a pena de perdimento. A Resolução MERCOSUL 35/2002, que permite o ingresso de veículos comunitário do MERCOSUL, de uso particular e exclusivo de turistas, não esgota as possibilidades de internação temporária.” (REOAC 2009.70.02.000592-6, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relatora Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, DE 9/9/2010)

Assim, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente o pedido para determinar a liberação do veículo e sua entrega ao proprietário ou alguém por ele autorizado e, de conseguinte, declaro extinto o processo, com resolução, invertidos os encargos de sucumbência.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

- Sobre a circulação de “veículos comunitários” no Mercosul, veja também o seguinte julgado: REOMS 0003867-82.2004.4.03.6000/MS, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto, publicado na RTRF3R 100/582.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0014070-42.2001.4.03.9999
(2001.03.99.014070-4)

Apelantes: LOURDES ALVARES TAQUIL E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apeladas: AS MESMAS

Interessado: MICHEL ELIA EL TAQUIL

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENÁPOLIS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 679772

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ATO ILÍCITO. PENHORA. BEM COMUM DO CASAL. EXCLUSÃO DA MEAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO CREDOR. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE.

I. Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, se excluiu a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal, objeto de penhora, especialmente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa.

II. Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge a metade do preço alcançado. Precedentes do C. STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e negar provimento

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

São Paulo, 09 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Trata-se de embargos de terceiro opostos por Lourdes Alvares Taouil contra a União Federal, objetivando a desconstituição da penhora que recaiu sobre o imóvel de matrícula nº 26.044, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Penápolis/SP, nos autos da execução fiscal movida contra o executado Michel Elia El Taouil. Requereu a exclusão da constrição que incidiu sobre o imóvel.

A sentença *julgou procedentes os embargos*, determinando a exclusão da penhora da meação da embargante sobre o imóvel referido. Condenou a embargada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Sentença submetida ao reexame necessário.

A embargante, esposa do executado, insurge-se contra a r. sentença, sustentando a impossibilidade da penhora, haja vista a indivisibilidade do bem. Alegou, ainda, que a dívida não beneficiou a família do devedor.

A União Federal, por sua vez, alega que a penhora deve incidir sobre a totalidade do imóvel, pelos seguintes motivos: a embargante é responsável pelo débito em questão, eis que não se encontra nas hipóteses de exclusão da comunhão de bens previstas no art. 263, do Código Civil; que a embargante não possui trabalho remunerado, razão pela qual auferiu vantagens com a atividade profissional do marido. Pede a aplicação da sucumbência recíproca.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Trata-se de embargos de terceiro interpostos em face da penhora realizada em imóvel localizado na Fazenda Brejo Alegre, na cidade de Penápolis/SP.

Embora a sentença tenha sido submetida ao reexame necessário, deixo de examinar o processo por este ângulo, porquanto a hipótese se subsume à exceção contida no § 2º do artigo 475 do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/01. Não conheço, pois, da remessa oficial.

Passo a analisar o conteúdo da apelação.

A União promoveu execução fiscal contra a pessoa jurídica Michel Elia El Taouil, cujo sócio de mesmo nome é marido da embargante, relativa a crédito tributário não pago.

Ocorre que o imóvel penhorado foi adquirido em 1997 pela embargante e seu marido e a embargada não logrou êxito para provar que o não pagamento do débito trouxe algum benefício à família do executado.

Assim, cabe ao credor provar que a esposa do executado não se beneficiou com a dívida de seu cônjuge. A meação da esposa do executado só responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido quando o credor provar que ela foi também beneficiada com a infração.

Encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento que, em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, se excluiu a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal, objeto de penhora, especialmente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa.

Neste sentido:

“PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - MEAÇÃO - PENHORA: IMPOSSIBILIDADE - REVER-SÃO AO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE CONJUGAL - ÔNUS PROBATÓRIO DO CREDOR - PRECEDENTES. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, cabe ao credor comprovar que o bem objeto da penhora sobre o qual incide a meação da esposa do executado reverteu em proveito da sociedade conjugal. 2. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas do STJ. 3. Recurso especial não provido.”

(STJ, 2ª Turma, v. u., Relatora Eliana Calmon, RESP 1077053 DJE, Data: 13/10/2008)

Ademais, sobre a matéria que norteia esta demanda já se tem a Súmula 251 do STJ.

A propósito, já decidiu esta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBAR-GOS DE TERCEIRO. PENHORA. MEAÇÃO DO CÔNJU-GE DO EXECUTADO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 251 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A meação do cônjuge feminino só responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido quando o credor provar que ela foi também beneficiada com a infração.

2. Na execução fiscal, incumbe ao credor o ônus de provar que a dívida reverteu em benefício do cônjuge do sócio executado. Súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça.

3. À míngua de impugnação mantenho a verba honorária fixada na sentença.

3. Apelação improvida.”

(AC - 1999.03.99.019981-7/SP, Relator JUIZ CONVOCA-DO MARCELO AGUIAR, SEXTA TURMA, j. 04/07/2007, DJU 03/09/2007, p. 714)

Por outro lado, tendo recaído a penhora sobre bem indivisível, deve ser mantida a restrição nos termos do artigo 655-B

do Código de Processo Civil, observando-se ainda, que não se trata de imóvel residencial.

Na hipótese dos autos, a penhora recaiu sobre uma propriedade agrícola denominada Sítio Paraíso das Noivas, localizada no Município de Barbosa, Comarca de Penápolis/SP.

Assim, reconhecido o direito à meação do embargante, no caso de eventual alienação judicial, deve lhe ser assegurado o valor correspondente à sua meação.

Este é o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto a seguir:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge a metade do preço alcançado. Precedentes: (REsp 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, DJU de 29/04/2002; Resp nº 508.267/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ. 06.03.2007; REsp nº 259.055/RS, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 30.10.2000).

2. Deveras, a novel reforma do Processo Civil Brasileiro, na esteira da jurisprudência desta Corte, consagrou na execução extrajudicial que ‘Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem’. (CPC, art. 655-B).

3. Recurso especial provido.”

(STJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, REsp 814542/RS, DJ de 23/08/2007, p. 214).

De rigor a reforma parcial da r. sentença para reconhecer a meação da embargante, mantendo-se, contudo, a penhora e reservando-lhe o direito à metade do preço alcançado em caso de alienação judicial do imóvel. Tendo havido sucumbência recíproca descabe a condenação em honorários advocatícios.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e nego provimento à apelação da embargante.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

- Sobre o alcance da penhora de bens sobre a meação do cônjuge, veja também os seguintes julgados: AC 95.03.102075-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada na RTRF3R 59/139; Ag 94.03.079634-0/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicado na RTRF3R 70/195 e AC 98.03.091789-7/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 78/281.

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0020332-65.2001.4.03.6100
(2001.61.00.020332-9)

Apelante: SUL AMÉRICA AETNA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Classe do Processo: AMS 239812

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/09/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE PAGAMENTOS EFETUADOS PELA SEGURADORA A CORRETORES DE SEGUROS, A TÍTULO DE CORRETAGEM. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 22, INCISO III, LEI Nº 8.212/91.

1. Não há dúvida de que os corretores de seguros são profissionais autônomos, enquadrando-se como segurados da Previdência Social, como contribuintes individuais.
2. Os segurados, ao procurarem um corretor de seguros, certamente deste poderão se valer para orientar a escolha dos diversos tipos de seguros existentes no mercado. Contudo, não menos certo é que o interesse primário dos segurados não é nesse serviço de orientação, mas sim no serviço oferecido pelas seguradoras, ou seja, na contratação de um seguro.
3. Tal serviço não é nem mesmo necessário ou essencial, posto que o artigo 13, § 2º da Lei nº 4.595/1964 prevê expressamente a contratação direta entre segurado e segurador, caso em que não há pagamento de corretagem.
4. Logo, o corretor de seguros presta serviços de intermediação entre as duas partes, nos termos do artigo 1º da Lei nº 4.595/1964 e artigo 122 do Decreto-lei nº 73/1996.
5. Assim, é de se considerar que o corretor presta serviços

também à seguradora, de forma que os valores por esta pagos, a título de comissão de corretagem, integram a base de cálculo da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

6. Apelação improvida.

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

São Paulo, 23 de fevereiro de 2010.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sul América Aetna Seguros de Vida e Previdência S/A contra ato de autoridade vinculada ao Instituto Nacional do Seguro Social, em que se objetiva livrar-se da retenção de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos contribuintes individuais, corretores de seguros, em virtude da celebração de contratos de seguros e de previdência privada, subtraindo-se aos efeitos do artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

A impetrante, ora apelante, sustenta, em síntese, a não incidência da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, sobre os valores pagos pela seguradora, por conta e ordem dos segurados, correspondente à comissão a que faz jus o corretor. Argumenta que o serviço de corretagem não é prestado à seguradora, mas sim ao segurado, e portanto não está incluído

no campo de incidência da referida contribuição, que só exigível quanto ao pagamentos efetuados a autônomos que lhe prestem serviços.

A medida liminar foi concedida para autorizar o depósito dos valores cobrados a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário (fls. 54/56).

Sobreveio sentença que denegou a segurança, entendendo que os valores pagos aos corretores pela seguradoras englobam a base de cálculo da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91. Sem condenação de honorários de advogado. Custas *ex lege*.

A impetrante apela, reiterando os argumentos expendidos na petição inicial.

Com contrarrazões do INSS.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

A contribuição previdenciária questionada é definida no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

...

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;”

Não há dúvida de que os corretores de seguros são profissionais autônomos, enquadrando-se como segurados da Previdência Social, como contribuintes individuais.

A tese da impetrante é que, como os corretores de seguros prestam serviços aos segurados, interessados na compra de seguros, e não a ela, seguradora, sobre os valores que ela, seguradora, paga aos corretores, não incide a contribuição, porque os corretores não lhe prestam serviços, e esses valores são pagos por conta e ordem dos segurados.

Não assiste razão à impetrante.

A questão foi bem posta na r. sentença apelada, que merece transcrição (fls. 92/93):

“O corretor de seguro serve de intermediário entre os segurados e seguradoras, prestando, a um só tempo, serviços para um e para outro. Se é certo, de um lado, que os corretores orientam o segurado na escolha do melhor tipo de seguro para o caso concreto, informando-lhe sobre todas as opções oferecidas no mercado, por inúmeras seguradoras, também é certo, de outro lado, que quando o segurado assina contrato com uma seguradora específica, esta auferir vantagens do trabalho realizado pelo corretor, que divulgou, de forma adequada, os benefícios por ela oferecidos.

Desta feita, ainda que o corretor não seja considerado empregado da seguradora, para fins trabalhistas, a ela presta serviços.

Vale dizer, se o contrato é assinado com a intermediação do corretor, é paga a comissão; caso contrário, nada é devido pela seguradora ao corretor”.

Acrescento que os segurados, ao procurarem um corretor de seguros, certamente deste poderão se valer para orientar a escolha dos diversos tipos de seguros existentes no mercado.

Contudo, não menos certo é que o interesse primário dos segurados não é nesse serviço de orientação, mas sim no serviço oferecido pelas seguradoras, ou seja, na contratação de um seguro.

Com efeito, tal serviço não é nem mesmo necessário ou essencial, posto que o artigo 13, § 2º da Lei nº 4.595/1964

prevê expressamente a contratação direta entre segurado e segurador, caso em que não há pagamento de corretagem.

Logo, o corretor de seguros presta serviços de intermediação entre as duas partes.

O artigo 1º da Lei nº 4.595/1964 define o corretor de seguros como “o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas”.

No mesmo sentido é a definição do artigo 122 do Decreto-lei nº 73/1996, que também define o corretor de seguros como “o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas”.

Assim, é de se considerar que o corretor presta serviços também à seguradora, de forma que os valores por esta pagos, a título de comissão de corretagem, integram a base de cálculo da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Neste sentido situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR CORRETORES DE SEGURO. LEI COMPLEMENTAR 84/96. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Cabe às empresas de seguro privado o pagamento da Contribuição Previdenciária incidente sobre o valor da comissão que a seguradora repassa aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro. 3. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho vinculando o corretor à seguradora, tendo em vista que a Lei Complementar 84/96 exige o recolhimento da referida exação sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos. 4. A obrigatoriedade da intermediação de corretores de seguros entre as seguradoras e seus segurados

não desfigura o caráter de prestação de serviços da atividade que se ajusta à previsão do art. 1º, I, da Lei Complementar 84/96. Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial não provido.”

STJ, 1ª Seção, REsp 519260, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02.02.2009

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA POR EMPRESAS DE SEGURO PRIVADO INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR AUTÔNOMOS (SERVIÇOS DE CORRETAGEM PARA AGÊNCIA DE SEGURO). ART. 1º, I, DA LC 84/96. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL CONSTANTE DO ART. 2º, DA LC 84/96. ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, ‘A’ DA LEI 8.212/91. INCIDÊNCIA. 1. O artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84/96, instituiu, para a manutenção da Seguridade Social, contribuição social a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas. 2. O art. 11, parágrafo único, ‘a’ da Lei 8.212/91, no entanto, dispôs acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a serviço das empresas, sem especificar se mediante contrato ou de maneira autônoma, em decorrência disso, o instituto da intermediação realizada pelo corretor, em favor das companhias de seguro, guarda identidade com a conceituação ‘serviços’ disposta na mencionada norma e permite a cobrança do tributo. 3. ‘A referida legislação complementar, ao prever que a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários é devida pelo empregador, pelos serviços prestados por pessoas físicas, sem vínculo empregatício, não impôs, como requisito para hipótese de incidência da exação, que

houvesse vínculo contratual entre as partes. No caso da corretagem de seguros, ainda que o corretor não esteja vinculado à seguradora, a sua função é a de intermediar o segurado e a seguradora, contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, a qual, em contraprestação ao serviço que lhe foi efetivamente prestado, remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Assim, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a intermediação do corretor para a consecução de seus objetivos sociais, situação que não se desfigura em razão da vedação do arts. 17, *b*, da Lei 4.594/64 e 125, *b*, do Decreto-Lei nº 73/66.’ (REsp nº 600.215/RJ, Primeira Turma, 1º/8/2006). 4. Ressalva do entendimento do relator...”

STJ, 1ª Turma, REsp 728029, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 06.05.2009

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por SUL AMÉRICA AETNA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A objetivando a inexistência de relação jurídico-tributária a título de contribuição previdenciária prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99, incidente sobre o *pagamento a corretores*, a partir do fato gerador de junho/2001. Pleiteia, ainda, a concessão da segurança para que a impetrante não seja compelida a pagar o adicional de 2,5% previsto no § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 e o acréscimo de 5% correspondente à diferença decorrente da majoração de 15% para 20% da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº

8.212/91. Requereu o depósito do tributo nos termos da lei.

A liminar foi concedida para autorizar o depósito mensal dos valores exigidos a título da aludida contribuição, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário (fls. 54/56).

A sentença de fls. 85/98 julgou improcedente o pedido e *denegou a segurança*. Os depósitos deverão se converter em renda em favor do Instituto Nacional do Seguro Social após o trânsito em julgado da decisão (fls. 85/98).

Apelou a impetrante às fls. 115/125 requerendo a reforma da r. sentença. Arguiu que o serviço de corretagem não é prestado à seguradora, mas sim ao segurado e que as comissões repassadas pela seguradora ao corretor são feitas por conta e ordem do próprio segurado, ficando esse repasse excluído da incidência da contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 9.876/99. Reiterou os argumentos expendidos na inicial. Recurso respondido (fls. 137/148).

Após o voto do digno Juiz Convocado Relator MÁRCIO MESQUITA, no sentido de negar provimento à apelação, pedi vista dos autos.

A Lei nº 7.787/89 ao instituir a contribuição previdenciária dos empregadores, incidente sobre a folha de salários dispôs:

“Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I - de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores;

II -

1º

2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de

seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I.”

Com o advento da Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999, que revogou expressamente a Lei Complementar nº 84/96, foi acrescido o inciso III ao artigo 22 e alterada a redação do seu § 1º, da Lei nº 8.212/91, passando a dispor o seguinte:

“Art. 22.

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (NR)

.....
III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

§ 1º No caso de bancos comerciais, de bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedades corretoras,

distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência, privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, *é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo.*” (NR)

Prevê o art. 195 da Lei Maior que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de várias contribuições sociais.

Impera no Direito Previdenciário pátrio o princípio do *solidarismo*, podendo a solidariedade ser considerada postulado fundamental da Seguridade Social, estando inclusive no texto da Carta Magna.

Salienta Sergio Pinto Martins sobre o referido princípio que:

“Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado.

.....

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.” (*Direito da Seguridade Social*; 19ª edição; ed. Atlas; 2003; p. 75/76)

A Lei Suprema exalta no seu art. 3º, inciso I, que a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Eis a base da manutenção da seguridade social.

Dentre as formas de custeio da seguridade social está previsto no inciso I do art. 195 da Constituição Federal que ela também será financiada por contribuições exigidas do “empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei...”. Prevê, outrossim, o atual § 9º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98, que “as contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”.

De longa data o ordenamento jurídico conhece a aplicação de diferentes regras contributivas ou de alíquotas diferenciadas e progressivas para segmentos diversos.

Essa diferenciação é justamente expressão do preceito constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), do qual a capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF) e a equidade na forma de participação no custeio (art. 194, § único, V, CF) são desdobramentos. A Lei Maior consagra a diversidade do financiamento, todos devem contribuir à Seguridade Social. Aqueles que têm melhores condições financeiras são onerados com parcela maior enquanto os hipossuficientes têm uma participação menor no custeio.

Ensina Sérgio Pinto Martins a respeito da equidade na forma de participação no custeio que:

“Apenas aqueles que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma. O trabalhador não pode contribuir da mesma maneira que a empresa, pois não tem as mesmas condições financeiras. Dever-se-ia, porém, estabelecer certas distinções também entre as empresas, pois é sabido que empresas maiores têm melhores condições de contribuir do que as microempresas.”

Assevera ainda Miguel Horvath Júnior que:

“O princípio da equidade pode ser entendido como justiça e igualdade na forma de custeio. Decorre da capacidade econômica do contribuinte prevista no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

A equidade na forma de participação no custeio previdenciário suporta progressividade como se verifica *v. g.*, nas alíquotas de 7,65%, 8,65%, 9,0% e 11% incidentes sobre a remuneração do trabalhador (art. 20 da Lei nº 8.212/91) e na previsão do § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 que estabelece contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo definida nos incisos I e II do artigo em análise. A equidade é signo da Justiça Distributiva.

Para Vicente Rao, não se pratica a equidade tão somente na aplicação judicial da lei aos casos concretos, mas também, na própria elaboração da lei. O destinatário do princípio da equidade na forma de participação no custeio previdenciário é o legislador ordinário.”

(*Direito Previdenciário*, Editora Quartier Latin, 3ª edição, 2003, pg. 64)

É nesse contexto que se insere a exigibilidade da contribuição prevista no artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91 e do adicional de 2,5% dos sujeitos passivos declinados no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91. Inegável que as entidades financeiras, como bancos comerciais, sociedades de créditos e *corretoras* têm condições de suportar maior carga tributária, consubstanciada na alíquota adicional.

Nem agora, nem antes da Emenda Constitucional nº 20/98, há que se cogitar de ofensa aos princípios da igualdade e capacidade contributiva. Ao contrário, o legislador infraconstitucional ao estabelecer o adicional de 2,5% pela Lei nº 7.787/89, só o que fez foi dar cumprimento a preceitos constitucionais.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 9 de abril de 2008 ao julgar o *REsp 519.260/RJ*, cujo relator foi o Min.

Herman Benjamin, “pacificou seu entendimento, antes divergente entre a Primeira e a Segunda Turma, no sentido de ser devida a cobrança das empresas de seguro referente à contribuição previdenciária incidente sobre o valor da comissão que as seguradoras pagam aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro, independentemente de existir ou não contrato de trabalho vinculando o corretor àquelas empresas, tendo em vista o disposto na LC nº 84/1996, que exige o recolhimento da exação sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos”.

Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA POR EMPRESAS SEGURADORAS INCIDENTE SOBRE AS COMISSÕES PAGAS AOS CORRETORES DE SEGUROS. ART. 22, III, DA LEI 8.212/91 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.876/99). DESPROVIMENTO.

1. ...

2. A Primeira Seção desta Corte, em 9 de abril de 2008, no julgamento do REsp 519.260/RJ, cujo relator foi o Min. Herman Benjamin, ‘pacificou seu entendimento, antes divergente entre a Primeira e a Segunda Turma, no sentido de ser devida a cobrança das empresas de seguro referente à contribuição previdenciária incidente sobre o valor da comissão que as seguradoras pagam aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro, independentemente de existir ou não contrato de trabalho vinculando o corretor àquelas empresas, tendo em vista o disposto na LC nº 84/1996, que exige o recolhimento da exação sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos. A tese vencida defendia que não seria possível estabelecer uma exação por interpretação analógica da lei, uma vez que cabe apenas ao legislador definir o tributo’ (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ nº 351, de 7 a 11 de abril de 2008).

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 796.713/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA POR EMPRESAS DE SEGURO PRIVADO INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR AUTÔNOMOS (SERVIÇOS DE CORRETAGEM PARA AGÊNCIA DE SEGURO). ART. 1º, I, DA LC 84/96. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL CONSTANTE DO ART. 2º, DA LC 84/96. ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, ‘A’ DA LEI 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. O artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84/96, instituiu, para a manutenção da Seguridade Social, contribuição social a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas.

2. O art. 11, parágrafo único, ‘a’ da Lei 8.212/91, no entanto, dispôs acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a serviço das empresas, sem especificar se mediante contrato ou de maneira autônoma, em decorrência disso, o instituto da intermediação realizada pelo corretor, em favor das companhias de seguro, guarda identidade com a conceituação ‘serviços’ disposta na mencionada norma e permite a cobrança do tributo.

3. ‘A referida legislação complementar, ao prever que a contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários é devida pelo empregador, pelos serviços prestados por pessoas físicas, sem vínculo empregatício, não impôs, como requisito para hipótese de incidência da exação, que houvesse vínculo contratual entre as partes. No caso da corretagem de seguros, ainda que o corretor não esteja

vinculado à seguradora, a sua função é a de intermediar o segurado e a seguradora, contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, a qual, em contraprestação ao serviço que lhe foi efetivamente prestado, remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Assim, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a intermediação do corretor para a consecução de seus objetivos sociais, situação que não se desfigura em razão da vedação do arts. 17, *b*, da Lei 4.594/64 e 125, *b*, do Decreto-Lei nº 73/66.’ (REsp nº 600.215/RJ, Primeira Turma, 1º/8/2006).

4. ...

5. Recurso especial desprovido.”

(*RESP* nº 728029, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 06/5/2009)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR CORRETORES DE SEGURO. LEI COMPLEMENTAR 84/96.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. Cabe às empresas de seguro privado o pagamento da Contribuição Previdenciária incidente sobre o valor da comissão que a seguradora repassa aos corretores por prestarem serviços de intermediação no contrato de seguro.
3. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho vinculando o corretor à seguradora, tendo em vista que a Lei Complementar 84/96 exige o recolhimento da referida taxa sobre a remuneração dos trabalhadores autônomos.
4. A obrigatoriedade da intermediação de corretores de seguros entre as seguradoras e seus segurados não desfigura o caráter de prestação de serviços da atividade que se ajusta à previsão do art. 1º, I, da Lei Complementar

84/96. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.”

(REsp 519260/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 02/02/2009)

Quanto ao adicional em questão foi sempre exigido sobre uma mesma realidade econômica: a folha de salários. É, pois, cobrado de quem *ostenta maior capacidade contributiva* e que por isso pode desempenhar papel mais relevante no custeio da Seguridade, tarefa essa que, como vimos, é de toda a sociedade; porém, o custeio da Seguridade obriga que o Estado onere em maior expressão aquele que detém mais acentuada capacidade econômica para suportá-la.

Por tal razão, *nego provimento à apelação*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO

APELAÇÃO CÍVEL
0030904-80.2001.4.03.6100
(2001.61.00.030904-1)

Apelantes: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS VILA PRUDENTE LTDA. E CHADE E CIA. LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO

Classe do Processo: AC 824411

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IPI - DESCONTOS INCONDICIONADOS - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS - CONTRIBUINTES DE FATO - ILEGITIMIDADE ATIVA - SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES

1 - O Ministro Luiz Fux, no Resp nº 903.394/AL, em recurso representativo da controvérsia, fundamentado no art. 543-C do Código de Processo Civil, adotou o posicionamento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do tributo indevidamente pago.

2 - Ilegitimidade ativa de distribuidora de bebidas para pleitear restituição de tributo, por não ser contribuinte de direito da exação.

3 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

Cuida-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela na qual a autora objetiva suspender a exigibilidade do IPI incidente sobre a parcela dos descontos incondicionais concedidos sobre produtos adquiridos da AMBEV e a restituição dos valores anteriormente recolhidos, monetariamente corrigidos com os índices reais da inflação e com a incidência dos juros à taxa SELIC, mediante a compensação com quaisquer outros tributos devidos à Secretaria da Receita Federal, ou sucessivamente, a restituição em espécie.

Alega, em síntese, a inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência imposta pelo art. 15 da Lei nº 7.798/89.

O MM. Juízo *a quo* indeferiu a petição inicial por ilegitimidade ativa, ante o fato de não serem os autores os contribuintes do tributo em discussão e nem serem consumidores finais dos produtos.

As Autoras apelam a este Tribunal requerendo seja reformada a sentença, alegando, em síntese que demonstraram claramente, por meio dos documentos colacionados à peça exordial, que assumiram o encargo financeiro do tributo devido pela fabricante dos produtos que distribuem e que houve repercussão do IPI, pois caberia ao fabricante, sujeito passivo da obrigação tributária, ter efetuado o seu pagamento, mas quem o fez foram as apelantes.

Alegam ainda que o IPI é um tributo cujo encargo financeiro pode ser repassado a terceiro e é o que acontece com as apelantes, pois ao obterem junto à fabricante as bebidas para distribuir, pagam além do preço acertado pela mercadoria, o que era por ela devido a título de IPI.

Em contrarrazões a Fazenda Nacional afirma ser manifesta a ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa autora, pois o contribuinte de fato do IPI é o consumidor final e não o contribuinte de direito, mero arrecadador do tributo para a União.

É o relatório.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

Analisando as razões expendidas na apelação, entendo que o inconformismo da autora improcede.

As empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa.

Em recente julgado, o Ministro Luiz Fux, no Resp nº 903.394/AL, em recurso representativo da controvérsia, fundamentado no art. 543-C do Código de Processo Civil, julgado em 24/03/2010, publicado no Dje de 26/04/2010, adotou o posicionamento de que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do tributo indevidamente pago, conforme cito:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO

SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE *DE JURE* À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O ‘contribuinte de fato’ (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo ‘contribuinte de direito’ (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que: ‘Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.’

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

4. Em se tratando dos denominados ‘tributos indiretos’ (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência

do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que: ‘... o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido: Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito. Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da

norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente.’ (Marcelo Fortes de Cerqueira, *in* ‘Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho’, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do ‘contribuinte de fato’ (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do ‘tributo indireto’ indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, ‘Repetição de Indébito’, *in* Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, *in* ‘Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho’, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica

decorre da natureza da exação, ‘o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação substanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual’ (Paulo de Barros Carvalho, *in* ‘Direito Tributário - Linguagem e Método’, 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, ‘a’, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, ‘b’, do CTN).

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável: (...) II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial. § 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário. § 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente. (...)’

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando

a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, 'a', do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (*in casu*, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato imponível consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

.....

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp 903.394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010)

Igual posicionamento já vinha sendo adotado por esta Turma julgadora, conforme consta de acórdão do Juiz Federal Convocado Miguel di Pierro, julgado em 28 de fevereiro de 2008, publicado no DJU de 22/04/2008, Processo nº 2003.61.00.030255-9, conforme segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS. DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. O fato imponível do IPI, nos moldes do art. 46, II do CTN, consiste na saída da mercadoria do estabelecimento industrial.

2. Nos termos do art. 166 do CTN somente o contribuinte de direito, ou seja, aquele que tem obrigação legal de recolher o tributo, pode pedir a sua restituição.

3. Ilegitimidade ativa de distribuidora de bebidas para pleitear restituição de tributo, por não ser contribuinte de direito da exação”.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação.
Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000737-89.2002.4.03.6118
(2002.61.18.000737-1)

Apelantes: LUIZ CEZAR SOARES BOLDRIN E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CESAR SABBAG
Classe do Processo: AC 926413
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/11/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ADICIONAL DE INATIVIDADE. SUPRESSÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.131/2000. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME REMUNERATÓRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. PRECEDENTES.

1. O servidor público não tem *direito adquirido* à imutabilidade do regime remuneratório, desde que resguardado o princípio da irredutibilidade de vencimentos.
2. A supressão do *adicional de inatividade* por força da Medida Provisória nº 2.131/2000 respeitou devidamente o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.
3. Precedentes.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado CESAR SABBAG - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CESAR SABBAG (Relator). Senhor Presidente:

Trata-se de apelação interposta contra sentença, proferida em ação ordinária, que julgou improcedente pedido de restabelecimento de vantagem denominada “adicional de inatividade”, suprimida dos proventos dos militares, por força da MP nº 2.131/2000.

Alega-se, em resumo, que a supressão do referido adicional ofendeu o direito adquirido, causando indevida redução em seus proventos.

Com contra-razões às fls. 193/201.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CESAR SABBAG - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CESAR SABBAG (Relator):

Sem preliminares, passo à análise de mérito.

O apelo *não merece* prosperar.

Precedentes do C. STJ, aos quais me vinculo como *razão de decidir*, reconhecem que: *a)* não existe *direito adquirido* a regime de remuneração, desde que resguardada a irredutibilidade de vencimentos (AgRg no Ag nº 792.007/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.11.2006, DJ 05.02.2007, p. 345); *b)* a supressão do *adicional de inatividade* devido aos militares, por força da MP nº 2.131/2001, respeitou devidamente o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos (AgRg no Ag nº 961.927/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 375); e AgRg no Ag nº 843.106/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20.11.2008.

No plano constitucional, ademais, o E. STF manifestou-se no mesmo sentido (AI nº 609.997 AgR/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.02.2009, DJe 13.13.2009).

No caso, a decisão recorrida encontra-se em consonância com os precedentes consolidados a respeito da matéria, razão pela qual não merece reparos.

Ante o exposto, *nego provimento* ao apelo.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CESAR SABBAG - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0010092-88.2003.4.03.6183
(2003.61.83.010092-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA RITA HENRIQUES
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA NOBRE
Classe do Processo: ApelReex 986737
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/09/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MAJORAÇÃO DO COEFICIENTE DE CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MÉRITO JULGADO. ART. 543-B, DO CPC. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

1 - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 597.389, reconheceu a repercussão geral da matéria discutida nestes autos. No mesmo julgamento, foi reafirmada a jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de que a majoração do percentual de pensão por morte, introduzida pela Lei nº 9.032/95, somente será aplicada aos fatos ocorridos após a sua vigência.

2 - Tendo em vista que, no caso em tela, foi adotado entendimento diverso do firmado pelo STF, incide a norma prevista no artigo 543-B, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.418/06.

3 - Em matéria previdenciária, a lei de regência é a vigente no tempo da concessão do benefício (“tempus regit actum”), de modo que a lei nova (Lei nº 9.032/95) não

pode retroagir seus efeitos, para elevar o coeficiente de cálculo do benefício de pensão por morte. Precedentes do STF e STJ.

4 - Excluídas as custas, despesas processuais e honorários advocatícios a cargo da parte Autora.

5 - Remessa oficial e apelação interposta pelo INSS providas. Pedido julgado improcedente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de setembro de 2010.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE (Relatora): Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da r. sentença de fls. 36/43, em que foi julgado procedente o pedido, para condenar o INSS a efetuar a revisão do coeficiente de cálculo da pensão por morte, segundo as regras da Lei nº 9.032/95, a partir de sua vigência.

Sustenta o apelante, preliminarmente, a ocorrência de decadência e prescrição. No mérito, defende a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.032/95 a benefícios concedidos antes de sua vigência. Em caso de manutenção da sentença, requer a alteração dos critérios de cálculo dos juros moratórios.

Com a apresentação de contra-razões, os autos foram encaminhados a esta Instância.

Na sessão de 21.02.2005 esta Egrégia Turma, por unanimidade,

rejeitou a preliminar e, no mérito, por maioria, negou provimento à remessa oficial e à apelação.

Os embargos de declaração opostos pelo INSS (fls. 76/82), foram rejeitados (fls. 99/106).

Foram interpostos recursos especial (fls. 110/116) e extraordinário (fls. 118/127).

Os autos retornaram da Vice-Presidência deste Tribunal, para a realização de novo exame pela turma julgadora, em conformidade com o disposto no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. Após, os autos devem ser conclusos àquela C. Vice-Presidência para a apreciação do recurso especial interposto conforme determinado às fls. 133/135.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE (Relatora): O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 597.389, reconheceu a repercussão geral da matéria discutida nestes autos. No mesmo julgamento, foi reafirmada a jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de que a majoração do percentual de pensão por morte, introduzida pela Lei nº 9.032/95, somente se aplica aos fatos ocorridos após a sua vigência.

Segue transcrito excerto do julgado:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu a questão de ordem proposta pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), no sentido de: a) que se reconheça a repercussão geral da questão constitucional aqui analisada, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; b) que seja reafirmada a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos

antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) que seja provido o presente recurso extraordinário; d) que sejam devolvidos aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (artigo 328, parágrafo único, do RISTF), com a ressalva do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e e) que os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização sejam autorizados à adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º do Código de Processo Civil, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou pelo recorrente a Dra. Vanessa Mirna Barbosa Guedes do Rego. Plenário, 22.04.2009.”

No caso em tela, foi determinada a majoração do coeficiente de cálculo da pensão por morte da autora, concedida em 22.06.1980, nos termos da nova redação do artigo 75 da Lei nº 8.213/91, introduzida pela Lei nº 9.032/95.

Assim, tendo em vista que, nestes autos, foi adotado entendimento diverso do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, incide a norma prevista no artigo 543-B, § 3º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.418/06, *in verbis*:

“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos

com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

(...)

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.”

Desta forma, passo ao juízo de retratação.

Por primeiro, ressalto que as preliminares relativa aos institutos de decadência e prescrição apenas será analisada em caso de procedência da ação.

No mérito, o regime jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 dispôs no sentido de que a renda mensal inicial da pensão por morte correspondia a 50% do que recebia, ou deveria receber, o segurado falecido a título de aposentadoria, acrescido de 10% por dependente, até o máximo de 100%.

Tal regime jurídico foi alterado por força da Lei nº 8.213/91, que, em seu artigo 75, majorou o coeficiente em questão para 80%, acrescido de 10% por dependente, até o máximo de 100% do salário-de-benefício.

Posteriormente, em 29/04/1995, a Lei nº 9.032/95 alterou o citado artigo 75, elevando o percentual para 100%.

Diante das sucessivas disposições legislativas, seguindo a pacífica jurisprudência do E. STJ (RESP 513239/RJ, 5ª Turma, DJ 15/09/2003, página 00379, Rel. Min. Laurita Vaz), esta Relatora adotava o entendimento de que a incidência imediata da lei nova não significava sua aplicação retroativa, pois os requisitos para a concessão do benefício são preenchidos consoante a norma legal em vigor à época do óbito e, na hipótese de alteração posterior, qualquer aumento de percentual passaria a ser devido a partir de sua vigência, não abrangendo período anterior.

Contudo, em 08/02/2007, em Sessão Plenária, o E. STF,

decidiu por maioria, dar provimento aos Recursos Extraordinários 415454 e 416827, interpostos pelo INSS, para determinar que a majoração de percentual de pensão por morte, introduzida pela Lei nº 9.032/95, somente se aplica aos fatos ocorridos após a sua vigência, sendo que a Terceira Seção desta E. Corte, no julgamento dos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.03.99.052231-8, j. em 28/02/2007, por unanimidade, acatou o referido posicionamento.

Ressalte-se que as Cortes Superiores firmaram jurisprudência no sentido de que, em matéria previdenciária, a lei de regência é a vigente no tempo da concessão do benefício (*tempus regit actum*), de modo que a lei nova (Lei nº 9.032/95) não pode retroagir seus efeitos (elevando o percentual para a fixação do benefício de pensão por morte). A respeito, confirmam-se as ementas abaixo transcritas:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APOSENTADORIA ESPECIAL. RENDA MENSAL. VALOR. MAJORAÇÃO.

Aplicação dos arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95, a benefício concedido ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência. Inadmissibilidade. Violação aos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF. Recurso extraordinário provido. Precedentes do Plenário. Os arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se aplicam aos benefícios cujos requisitos de concessão se tenham aperfeiçoado antes do início de sua vigência.”

(STF; RE 467605/PR; Tribunal Pleno; Relator Ministro Cezar Peluzo; j. 09.02.2007; DJ de 13.04.2007, pág. 27).

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ART. 75 DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.032/95. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS SOB O MANTO

DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA QUINTA TURMA DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

(...)

‘Em outras palavras, a Lei nº 9.035/1995 somente pode ser aplicada às novas concessões do benefício da pensão por morte. Isto é, ela deve ser aplicada, tão-somente, aos novos beneficiários que, por uma questão de imposição constitucional da necessidade de previsão de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º), fazem jus a critérios diferenciados na concessão de benefícios.

Logo, na linha de todas as referências doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, o benefício deve ser fixado a partir da data de sua concessão.’

Por tal razão, em decorrência da atual orientação do Pretório Excelso, os benefícios previdenciários concedidos em momento anterior à edição da norma contida na Lei nº 9.032/95 deverão respeitar os preceitos até então instituídos, ou seja, a nova legislação somente pode ser aplicada às concessões efetuadas sob sua vigência.

Destaco que o referido tema foi objeto de recente apreciação no âmbito da Eg. Quinta Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 938.274/SP, de minha relatoria, julgado em 28/06/2006, ainda pendente de publicação, que restou sumariado nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

‘PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. ART. 75 DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.032/95. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS SOB O MANTO DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Consoante entendimento outrora firmado por esta Corte, o aumento do percentual da pensão por morte, estabelecido pela Lei nº 9.032/95 (lei nova mais benéfica), que alterou o art. 75 da Lei nº 8.213/91, teria aplicação imediata a todos os segurados que porventura estivessem na mesma situação, sem exceção, não importando se fossem casos pendentes de concessão ou já concedidos.

2. No entanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a aplicação da Lei nº 9.032/95 somente contemplará os benefícios de pensão por morte concedidos após a sua vigência.

3. Assim, em decorrência da atual orientação do Pretório Excelso, os benefícios previdenciários concedidos em momento anterior à edição da norma contida na Lei nº 9.032/95 deverão respeitar os preceitos até então instituídos, ou seja, a nova legislação somente pode ser aplicada às concessões efetuadas sob sua vigência. Precedentes desta Corte.

4. Recurso especial desprovido.’

Cito, ainda, as seguintes decisões proferidas singularmente, em casos idênticos ao presente: Ag 885.148/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJ de 05/06/2007 e Ag 883.442/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, 5ª Turma, DJ de 05/06/2007.

(...)”.

(STJ; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 908.884 - SP (2007/0102596-8); Relatora Ministra LAURITA VAZ; j: 08.08.2007, DJ 31.08.2007).

Em decorrência, revendo posicionamento anterior, a majoração do coeficiente de cálculo de pensão por morte, introduzida pela legislação posterior, não se aplica aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 543-B, do CPC, *dou provimento à remessa oficial e à apelação interposta pelo INSS*, para julgar improcedente o pedido, impondo-se a reforma

da r. sentença, com a inversão do ônus da sucumbência. Exclui da condenação o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, todos a cargo da parte autora, consoante o disposto no artigo 3º, da Lei nº 1.060/50.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

- Sobre a decretação da repercussão geral no RE 597.389/SP, reafirmando a jurisprudência no sentido de que a majoração do coeficiente da pensão por morte, introduzido pela Lei nº 9.032/95, somente pode ser aplicada a benefícios concedidos após sua vigência, veja também o seguinte julgado: AR 2008.03.00.010345-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 99/132.

APELAÇÃO CÍVEL
0013593-90.2003.4.03.6105
(2003.61.05.013593-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: MILCA PARMEIJANE DE SOUZA E GABRIEL PARMEIJANE
DE SOUZA (incapaz)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA
Classe do Processo: AC 1108496
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 515 DO CPC. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. MORTE PRESUMIDA. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. ESPOSA E FILHO MENOR. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. COMPROVAÇÃO. TERMO INICIAL. CONSECTÁRIOS.

- O fato gerador da pensão por morte é o óbito do segurado e a concessão deste benefício deve levar em conta a legislação vigente à época do óbito.

- Cumpre apreciar a demanda à luz do Decreto nº 89.312 de 23 de janeiro de 1984, vigente na data do acidente, ocorrido em 15.10.1990. Verificando-se que a r. sentença analisou a questão com base na Lei 8.213/91, tem-se que a mesma padece de nulidade, a qual deve ser declarada de ofício.

- Aplicação do disposto no parágrafo 3º do artigo 515, do CPC, prosseguindo-se no julgamento, com apreciação da questão de fundo.

- Nos termos do art. 98 do Decreto 89.312/84, o direito ao benefício não prescreve, mas o pagamento respectivo não reclamado prescreve em 5 (cinco) anos contados da data em que se torna devido, exceto quando se tratar de incapaz, como o caso dos autos, conforme art. 169 do Código Civil de 1916.

- Conforme art. 53 do mesmo decreto, será concedida pensão provisória, mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, independentemente de declaração de ausência e do transcurso do prazo de 6 (seis).
- Requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte preenchidos.
- O benefício de pensão por morte tem previsão nos artigos 74 e
- Aplicação do disposto no art. 53, § 1º c/c o art. 169 do Código Civil de 1916, fixando-se o termo inicial do benefício na data do acidente (20.10.1990).
- Correção monetária dos valores devidos apurada consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução nº 561, de 02.07.2007 (DJU 05.07.2007, pág. 123), do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal.
- Juros de mora incidentes desde a citação inicial, à razão de 1% (um por cento) ao mês, a teor do que dispõem os artigos 219 do CPC e 406 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma.
- Honorários advocatícios pela autarquia sucumbente, fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data da prolação deste acórdão.
- Custas processuais indevidas, tendo em vista que a Autarquia é isenta de seu pagamento.
- Sentença anulada de ofício.
- Apelação e remessa oficial prejudicadas.
- Ação procedente.

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, anular, de ofício, a r. sentença, restando prejudicada a apelação e a remessa oficial e, nos termos do art. 515, § 3º do CPC, julgar procedente a ação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora): Trata-se de apelação e remessa oficial contra sentença proferida em ação previdenciária em que se pleiteia a declaração de ausência, em virtude de morte presumida, e a concessão de pensão por morte na qualidade de filho menor e esposa.

Constam, dos autos: Prova documental (fls. 09/89, 206/208, 216/217, 223, 227/231, 241/245, 252/257, 266/311) e Prova Testemunhal (fls. 79/80).

Consta da r. sentença de primeiro grau, proferida em 30.09.2004: “(...) Em suma, preenchidos os requisitos legais e não restando dúvidas acerca do desaparecimento do segurado em virtude de acidente, fato demonstrado e inclusive aceito pelo próprio INSS, de se reconhecer aos dependentes o direito ao recebimento de pensão por morte, independentemente de prazo de carência, nos exatos termos da legislação supra. Isto posto, e considerando o que mais dos autos consta, julgo procedente o pedido para declarar o direito dos autores ao reconhecimento da pensão por morte requerida. Defiro, ainda, a antecipação de tutela pleiteada para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a implementar o benefício, em 05 (cinco) dias úteis e pagar à autora e seu filho menor, no prazo de 30 (trinta) dias os valores atrasados, desde o efetivo requerimento administrativo junto à autarquia, sob pena de desobediência. Os valores atrasados serão corrigidos monetariamente, valendo-se neste mister, a autarquia federal, dos mesmos critérios utilizados para a correção de seus

créditos. Por fim, a diferença será acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês. Outrossim, arcará ainda o INSS com o pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação. Concedo a autora os benefícios da Justiça Gratuita nos termos da Lei 1.060/50. Custas *ex lege*. Sentença sujeita ao reexame necessário (...)" (fls. 112/115).

Inconformada, apela a autarquia. Alega a ocorrência de prescrição e decadência e a ausência dos pressupostos para a antecipação da tutela. Sustenta, ainda, não estarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, haja vista a não comprovação da ausência do segurado (fls. 128/135).

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Nesta Corte, o Digno Representante do Ministério Público Federal, após manifestações requerendo diligências (fls. 196/208 e 225/231), as quais foram devidamente cumpridas, opina pelo desprovimento do apelo (fls. 326/334).

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora): Conforme Súmula nº 340, de 27/06/2007, publicada no DJ 13.08.2007: "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado".

Desse modo, cumpre apreciar a demanda à luz do Decreto nº 89.312 de 23 de janeiro de 1984, vigente na data do acidente, ocorrido em 15.10.1990.

Assim, verificando-se que a r. sentença analisou a questão com base na Lei 8.213/91, tem-se que a mesma padece de nulidade, a qual deve ser declarada de ofício.

Entretanto, estando o processo já instruído, é caso de se aplicar o disposto no parágrafo 3º do artigo 515, do CPC, prosseguindo-se no julgamento, com apreciação da questão de fundo.

Passo à sua análise.

Destaco os artigos do Decreto nº 89.312/84, pertinentes ao caso dos autos:

“Art. 6º É obrigatoriamente segurado, ressalvado o disposto no artigo 4º:

I - como empregado:

a) quem trabalha nessa condição no território nacional, inclusive o doméstico;

(...)”.

“Art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:

I - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida;

(...)”.

“Art. 12. A dependência econômica das pessoas indicadas no item I do artigo 10 é presumida e a das demais deve ser provada”.

“Art. 47. A pensão é devida aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falece após 12 (doze) contribuições mensais”.

“Art. 53. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judiciária competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, é concedida pensão provisória, na forma deste capítulo.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes fazem jus à pensão provisória, independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessa imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição das quantias recebidas”.

“Art. 98. O direito ao benefício não prescreve, mas o

pagamento respectivo não reclamado prescreve em 5 (cinco) anos contados da data em que se torna devido.

Parágrafo único. O direito à, aposentadoria ou pensão para cuja concessão foram preenchidos todos os requisitos não prescreve, mesmo após a perda da qualidade de segurado”.

Dessa forma, não há decadência do direito, com base no art. 98 supra citado.

Quanto à prescrição, apesar de estabelecida no mesmo artigo, não se aplica ao caso, haja vista que o filho da vítima, à época do acidente, era absolutamente incapaz, posto que menor, em razão do disposto no artigo 169 do Código Civil de 1916:

“Art. 169. Também não ocorre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 5º;
(...)”.

Verifica-se pela documentação juntada aos autos, especialmente pelas certidões de fls. 14/15 (da Delegacia de Polícia de Poconé/MT e do Comando do Corpo de Bombeiros), devidamente corroborada pela prova testemunhal de fls. 79/80, que o Sr. Jorge Luiz Melo de Souza estava em 20.10.1990 pescando com seu irmão, em um barco no Rio Cuiabá, quando o mesmo virou. Desde aquela data, mesmo após 6 (seis) dias de busca pelo Corpo de Bombeiros, a vítima não foi encontrada.

Dessa forma, tem-se que há que ser declarada a ausência do Sr. Jorge Luiz Melo de Souza, inscrito no CPF/MF sob o nº 024.652.008-60 e portador do RG nº 13.059.383 (fl. 16 e vº), em razão do ocorrido em 20.10.1990.

Quanto à pensão por morte, vê-se que restaram preenchidos os requisitos necessários à sua concessão.

O ora declarado ausente possuía, à época do acidente, qualidade de segurado, em virtude de vínculo com a empresa Gico & Cia. Ltda. desde 22.09.1989 (fl. 18), nos termos do art. 6º, inciso I, do Decreto 89.312/84. Por outro lado, os autores comprovaram que são esposa e filho do segurado (fls. 12/13), razão pela

qual sua dependência é presumida, conforme arts. 10 e 12 da legislação aplicada.

No que se refere ao termo inicial do benefício, aplicar-se-á o disposto no art. 53, § 1º c/c o art. 169 do Código Civil de 1916, fixando-o na data do acidente (20.10.1990).

Diante do exposto, anulo, de ofício, a r. sentença, restando prejudicada a apelação e a remessa oficial e, nos termos do art. 515, § 3º do CPC, julgo procedente a ação, para declarar a ausência do Sr. Jorge Luiz Melo de Souza, já devidamente qualificado, concedendo aos autores o benefício de pensão por morte desde à data do acidente (20.10.1990), bem como para condenar o INSS ao pagamento das parcelas em atraso. Os juros de mora incidem desde a citação, à razão de 1% (um por cento) ao mês, a teor do que dispõem os artigos 219 do CPC e 406 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma. Correção monetária dos valores devidos apurada consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução nº 561, de 02.07.2007 (DJU 05.07.2007, pág. 123), do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal. Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data da prolação deste acórdão. As custas processuais não são devidas, tendo em vista que a Autarquia é isenta de seu pagamento.

Deixo de determinar a expedição de ofício ao INSS, para implantar o benefício, tendo em vista que o mesmo já foi implantado. Em relação à alegações da parte autora de que o pagamento dos atrasados não ocorreu em conformidade com a tutela antecipada concedida na sentença, tendo em vista sua nulidade e, também, que os termos desse julgamento são diferentes do determinado anteriormente, aguarde-se a fase executória onde serão calculados os valores devidos.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0021818-57.2003.4.03.9999
(2003.03.99.021818-0)

Apelantes: HÉLIO HEIITI YAMANARI E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE BIRIGUI - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: AC 886605

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/11/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ATIVIDADES URBANAS SEM ANOTAÇÃO EM CTPS. VÍNCULO LABORAL MANTIDO JUNTO A CARTÓRIO DE NOTAS. ILEGITIMIDADE DO INSS. LAUDO PERICIAL GRAFOTÉCNICO. VALIDADE. DOCUMENTO MAIS REMOTO. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1 - Remessa oficial tida por interposta, nos termos do art. 475, I, da Lei nº 10.352/01, tendo em vista que a condenação é ilíquida, sendo inviável qualquer tentativa de estimativa do valor da causa.

2 - A concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço é devida, nos termos do art. 202, § 1º, da Constituição Federal (redação original) e dos arts. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, ao segurado que preencheu os requisitos necessários antes da Emenda Constitucional nº 20/98.

3 - Para a obtenção da aposentadoria por tempo de serviço, o segurado deve preencher os requisitos estipulados pelo art. 52 da Lei nº 8.213/91, quais sejam, a carência prevista no art. 142 do referido texto legal e o tempo de serviço.

4 - Os cartórios extrajudiciais estão subordinados à correição permanente dos Tribunais de Justiça locais, nos termos da Lei nº 10.393/70, exsurgindo, daí, a ilegitimidade passiva do INSS. Precedente da 3ª Seção desta Corte (AR nº 2003.03.00.019944-7).

5 - Legítima a prova grafotécnica produzida por meio de laudo subscrito por Perito Criminal, cujas conclusões apontam no sentido de serem do autor os lançamentos escritos efetivados nos documentos examinados.

6 - Referido início de prova material fora corroborado por prova testemunhal segura e harmônica, confirmando a efetiva prestação de trabalho junto ao Escritório Despachante Décio Ravagnani.

7 - Reconhecimento de tempo de serviço limitado ao ano do documento mais remoto (1º de janeiro de 1970 a 31 de maio de 1972), de acordo com o entendimento dominante nesta Turma.

8 - Contava o autor, por ocasião do requerimento administrativo (27 de maio de 1999), com 27 anos, 1 mês e 4 dias de tempo de serviço, insuficientes à concessão da aposentadoria, mesmo na modalidade proporcional.

9 - Extinção, de ofício, da ação no tocante ao pedido de reconhecimento do tempo de serviço prestado junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui, por ilegitimidade passiva do INSS, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Remessa oficial tida por interposta e apelação do INSS parcialmente providas. Recurso do autor prejudicado.

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, julgar improcedente o pedido de concessão da aposentadoria por tempo de serviço, prejudicado o recurso do autor e, por maioria e de ofício, extinguir

o feito no tocante ao pedido de reconhecimento do tempo de serviço prestado junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui, por ilegitimidade passiva do INSS, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil e dar parcial provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS, nos termos da declaração de voto que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2010.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA
- Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O autor ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento de períodos de trabalho urbano sem anotação em CTPS, de 01.07.1968 a 31.05.1972 e de 01.06.1972 a 31.08.1974, somado-os aos demais períodos urbanos com a consequente concessão da aposentadoria por tempo de serviço desde o requerimento administrativo.

O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, reconhecendo os períodos de trabalho sem anotação em CTPS e condenando o INSS ao pagamento de aposentadoria por tempo de serviço desde a citação, acrescido de correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Sentença proferida em 10.12.2002, não submetida a reexame necessário (fls. 246/253).

O autor apelou, requerendo a reforma parcial da sentença para que a data de início do benefício corresponda ao requerimento administrativo indeferido (27.05.1999).

Em seu apelo, sustenta o INSS a ausência de suficiente comprovação dos períodos indicados na inicial e pede, em consequência, a improcedência do pedido. Subsidiariamente, requer a redução da condenação em honorários advocatícios.

Com as contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O autor ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento de períodos de trabalho urbano sem anotação em CTPS, de 01.07.1968 a 31.05.1972 e de 01.06.1972 a 31.08.1974, somado-os aos demais períodos urbanos com a conseqüente concessão da aposentadoria por tempo de serviço desde o requerimento administrativo.

Remessa oficial tida por interposta, nos termos do art. 475, inciso I, Lei 10.352/01, tendo em vista que a condenação é ilíquida, sendo inviável qualquer tentativa de estimativa do valor da causa.

Em relação à prestação de atividade sem registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), estabelece o artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 que “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início razoável de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento”.

Por outro lado, a jurisprudência, atenta à realidade social do País, pacificou o entendimento de que determinados documentos podem vir a constituir prova indiciária da atividade laborativa desenvolvida pelo beneficiário, a ser corroborada por prova testemunhal idônea.

Nesse sentido, confira-se o Acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXISTÊNCIA.

1. ‘A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.’

2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

3. A ficha de matrícula do Colégio, em que consta o período trabalhado 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 de prova material.

4. Recurso conhecido e improvido.”

(REsp nº 329.125/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, unânime, DJU de 04.2.2002).

In casu, a alegação é a do exercício de atividade laborativa urbana sem registro em carteira, nos períodos de 01.07.1968 a 31.05.1972 e de 01.06.1972 a 31.08.1974.

Como forma de comprovar os períodos sem registro em CTPS, o autor acostou aos autos os seguintes documentos:

- *Declaração formulada por ex-preposto do “Despachante Décio Ravagnani”, indicando que o autor laborou na qualidade de “oficiale boy/auxiliar” no período de 07.1968 a 05.1972, datada de 30.11.1998 (fls. 28);*

- *Certidão emitida pela Prefeitura Municipal de Birigui - SP, indicando que a firma “Décio Ravagnani” figurou como contribuinte perante a municipalidade pelo período de 1964 a 1972, datada de 23.11.1998 (fls. 29);*

- *Documentos supostamente preenchidos pelo autor, no*

desempenho de suas atividades quando não registrado, referentes aos anos de 1970 a 1974 (fls. 30/58);

- Laudo Pericial Grafotécnico, elaborado em 25.03.1998, indicando que os documentos de fls. 30/58 foram preenchidos pelo autor (fls. 59/99);

- Declarações testemunhais de proprietários dos veículos indicados nos documentos de fls. 30/58, indicando que utilizaram os serviços do despachante Décio Ravagnan, todos datadas em maio de 2000 (fls. 117/138).

Em audiência de instrução e julgamento, realizada em 03.10.2002, foram ouvidas duas testemunhas, cujos depoimentos passo a transcrever:

Creusa Aparecida Romancine declarou (fls. 229): “Trabalha no 1º Tabelião de Notas há 34 anos, podendo afirmar que em 1972 estavam precisando de ajudante para exercer o serviço de datilografia e balcão. Foi a própria depoente quem procurou o autor para trabalhar. Não sabe dizer exatamente quanto tempo o autor trabalhou naquele lugar, mas acredita que foi em torno de dois anos, mais ou menos. Antes disso o autor trabalhava no escritório de despachante pertencente ao Odair Puerta e Idenilson Moimaz. Acredita que o autor começou a trabalhar no cartório imediatamente após deixar o escritório. DADA A PALAVRA AO(A) PATRONO(A) DO(A) AUTOR(A) (NADA) FOI REPERGUNTADO: o autor não tinha registro em Carteira e nem vínculo com o Estado. O autor recebia salário mensal que era pago pelo Escritório Sr. Marino de Melo. O autor cumpria horário, entrava às 8 e saía às 17 horas, com intervalo para almoço.”

Odair Puertas asseverou (fls. 230): “Começou a trabalhar em Escritório Despachante em 1956, sendo certo que até 1969 trabalhou para o S. João Sanches Filho, passando, em 1969, a trabalhar para outro escritório de propriedade do Sr. Décio Ravagnani. Quando entrou neste escritório o autor ali já trabalhava. Eram apenas dois escritório (*sic*) despachantes na cidade e por isso sabe que o autor trabalhava desde 1968 no escritório do Décio. Na época o autor era menino ainda e se encarregava daquelas atividades de ‘oficce boy’, tirando os decalques dos veículos,

fazendo os recolhimentos na coletoria estadual, etc. Em 1972, o autor foi convidado pelo filho do Escrivão para trabalhar no 1º Tabelionato. Acredita que o autor desempenhava só as atividades mencionadas no período em que trabalhou no escritório de despachante. DADA A PALAVRA AO(A) PATRONO(A) DO(A) AUTOR(A) (NADA) FOI REPERGUNTADO: Não se lembra mas acredita que o autor estudava. DADA A PALAVRA AO(A) PROCURADOR(A) DO RÉU (NADA) FOI REPERGUNTADO: o autor trabalhava das 8 às 11h00 e das 12h30 às 17h30.”

As declarações testemunhais escritas, acostadas às fls. 28 e 117 a 138 não são aptas a servir como início de prova material, uma vez que não contemporâneas aos fatos alegados, configurando apenas testemunhos escritos.

A Certidão emitida pela Prefeitura Municipal de Birigui indica apenas a existência do escritório no qual o autor teria laborado, mas não o efetivo exercício das atividades.

Com efeito, o principal documento apresentado para servir à pretensão do autor refere-se a “laudo grafotécnico”, que instruiu a inicial (fls. 60/99), em que atestado ser do punho do postulante os lançamentos indicados nos documentos de fls. 74/99.

Ocorre que o profissional que firmou o citado documento, conforme admitido por ele mesmo, é Perito Criminal do Núcleo de Perícias Criminalísticas de Araçatuba - SP, consoante se verifica de suas qualificações apresentadas às fls. 60, e, nessa qualidade, está impedido, à primeira vista, de emitir pareceres fora de sua área de atuação, restrita à área penal e sob subordinação das autoridades pertinentes.

Dessa forma, o documento em questão não serve para constituir prova indiciária da prestação da atividade urbana supostamente desempenhada pelo autor.

Trago à colação precedente da Turma no mesmo sentido, consoante julgado assim ementado:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL E URBANA. INCÍO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA.

INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO URBANO E RURAL. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA NO MESMO REGIME PREVIDENCIÁRIO TRABALHO PRESTADO POR MENOR DE IDADE. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. (...)

II - A aposentadoria por tempo de serviço é devida ao segurado da Previdência Social que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se mulher, ou 30 (trinta) anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário-de-benefício para o máximo de 100%, caso completados 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 (trinta e cinco) anos, se do sexo masculino. Aplicação do art. 202, II, CF, em sua redação original, anterior à edição da Emenda nº 20/98, e dos arts. 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

III - A tais requisitos, soma-se a carência, em relação à qual estabeleceu-se regra de transição, posta pelo art. 142 da Lei nº 8.213/91, para o trabalhador urbano já inscrito na Previdência Social por ocasião da publicação do diploma legal em comento, a ser encerrada no ano de 2011, quando, somente então, serão exigidas as 180 (cento e oitenta) contribuições a que alude o art. 25, II, da mesma Lei nº 8.213/91.

IV - A tese do autor, no sentido de que aqui se contempla a hipótese de contagem recíproca, não prospera, pois o cômputo do tempo de serviço pleiteado - rural e urbano - servirá, se admitido, para obtenção de benefício no âmbito do mesmo regime previdenciário, ou seja, o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), e não em regime próprio.

V - A orientação do STF e STJ pacificou-se no sentido de que as normas constitucionais referentes à vedação do exercício de atividade laborativa por menor de idade - como na espécie, em que o autor alega ter iniciado a atividade de rurícola aos 7 (sete) anos - têm por objetivo a sua proteção, pois o labor, nesse estágio do ser humano,

implica em óbices ao natural desenvolvimento característico da idade, por dificultar, por exemplo, o acesso à educação, garantia que cede o passo, porém, às condições sociais do País, as quais, muitas vezes, requerem o concurso de crianças para colaborar no sustento das famílias.

VI - Na ausência de prova documental para comprovar exercício de atividade laborativa, é admissível a sua demonstração através de início razoável de prova material, conjugada com depoimentos testemunhais idôneos, servindo, para a configuração da prova indiciária, documentos contemporâneos à época da prestação do trabalho. Aplicação do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

VII - No caso vertente, os elementos carreados aos autos não são suficientes à comprovação do regime de economia familiar a que se faz alusão na exordial - período de 13 de janeiro de 1960 a dezembro de 1968 -, no qual o trabalho é exercido pelos membros da família, em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados, tido como indispensável à própria subsistência, nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 8.213/91, sendo tal conceito, aliás, já esboçado no art. 160 do Estatuto do Trabalhador Rural - Lei nº 4.214/63.

VIII - A inicial da presente ação foi instruída por cópia de certidão do Primeiro Cartório de Notas e Ofício de Justiça de Monte Aprazível/SP, por meio do qual se atesta ser de propriedade do autor e de seu pai, José Severino da Silva, dois imóveis rurais, ambos no Município de Buritama/SP, um localizado na 'Fazenda Santa Bárbara', medindo 3 alqueires e 1/6, e o outro, na 'Fazenda Palmeiras', de 17/48 (dezesete quarenta e oito avos), oriundas da partilha do inventário dos bens do espólio da mãe do postulante, Maria José de Souza Silva, homologada por sentença datada de 05 de fevereiro de 1958.

IX - Ao feito não veio qualquer outro documento que pudesse fornecer esclarecimento acerca da existência de

efetiva exploração econômica das propriedades e de sua natureza, vale dizer, se com ou sem o concurso de empregados, tal como inscrição do imóvel rural junto ao INCRA e notas fiscais de produtor.

X - No tocante ao período de trabalho urbano - janeiro de 1969 a janeiro de 1974 -, outra conclusão não se mostra viável, porquanto o autor restringiu-se a trazer à colação cópias tidas como de livros de registro de entrada e saída de produtos, pertinentes a várias empresas, cujos nomes ora são anotados não se sabe se a lápis ou caneta, ora sem discriminação de nome.

XI - Além disso, é de se realçar que citados documentos foram examinados por 'perito documentoscópico', a pedido do autor, quando atestado que os lançamentos a que se referem os tais livros foram manuscritos de próprio punho pelo postulante; ocorre que o profissional em questão, conforme admitido por ele mesmo, é Perito Criminal do Departamento Estadual de Polícia Científica, lotado na Delegacia Regional de Polícia de Araçatuba/SP, consoante se verifica da qualificação descrita na abertura do trabalho, e, nessa qualidade, está impedido, à primeira vista, de emitir pareceres fora de sua área de atuação, restrita à área penal e sob subordinação das autoridades pertinentes.

XII - Em obediência ao que dispõe o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, diante da ausência de produção de início de prova material a ser conjugada à prova testemunhal colhida no feito, é de se ter por não comprovado quer o período de trabalho rural prestado entre 13 de janeiro de 1960 e dezembro de 1968, em regime de economia familiar, quer na área urbana, entre janeiro de 1969 e janeiro de 1974.

XIII - Incide na espécie, em consequência, os ditames da Súmula nº 149/STJ, cujo posicionamento é amparado pela jurisprudência pacífica do STF a respeito da matéria, tanto no que diz respeito à seara urbana quanto rural.

XIV - Ante o entendimento aqui adotado, não possui o

autor tempo de serviço suficiente, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.213/91, à obtenção de aposentadoria por tempo de serviço.

XV - Agravo retido não conhecido. Apelação do autor improvida; apelação do INSS e remessa oficial providas para reformar a sentença e julgar inteiramente improcedentes os pedidos formulados na inicial.

XVI - Nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal, em virtude da presença de indícios da prática de ilícitos penal e/ou administrativo pelo profissional que elaborou o laudo já referido, determino a extração de cópia integral dos presentes autos e sua remessa ao Ministério Público do Município de Buritama, Estado de São Paulo, para as providências que entender cabíveis.”

(AC nº 2000.03.99.017497-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, unânime, DJU de 02.6.2005).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já apreciou controvérsia semelhante, adotando a mesma solução, em virtude de a prova ter sido produzida de forma unilateral, o que lhe retira caráter jurídico, conforme Acórdão que recebeu a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA URBANA. TRECHOS ISOLADOS DE MANUSCRITOS QUE TERIAM SIDO FEITOS PELO AUTOR EM LIVROS CONTÁBEIS ACOMPANHADOS DE EXAME GRAFOTÉCNICO FEITO SOB ENCOMENDA DO PRÓPRIO INTERESSADO. AUSÊNCIA DE INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Não restou provado que o autor trabalhou para as empresas que menciona no período alegado nem que as cópias apresentadas às fls. 31 a 40 pertençam a livros contábeis.

2. O exame grafotécnico realizado nos manuscritos e juntado às fls. 26 a 50 dos autos, não constitui perícia realizada no processo, mas prova unilateral que não tem qualquer valor jurídico.

3. Apelação a que se dá provimento para, reformando a r. sentença, julgar improcedente o pedido. Condenação do apelado ao pagamento dos honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da causa. Sem custas (art. 128 da lei nº 8.213/91).”

(AC nº 1997.01.00.009883-3/MG, 1ª Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Convocado Manoel José Ferreira Nunes, unânime, DJU de 11.9.2003).

Por tais fundamentos, em obediência ao artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, diante da ausência de produção de início de prova material, a ser conjugada à prova testemunhal colhida no feito, não restou suficientemente comprovado o desempenho do labor urbano aventado na exordial.

Dessa forma, de acordo com a tabela anexa, somando-se os períodos comuns aqui reconhecidos e os demais, até a edição da EC-20, conta o autor com um total de 24 (vinte e quatro) anos, 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dia de trabalho, tempo insuficiente para a aposentadoria por tempo de serviço.

Considerando as regras de transição estabelecidas pela EC-20, até o requerimento administrativo, conta o autor com um total de 24 (vinte e quatro) anos e 8 (oito) meses e 3 (três) dias de trabalho, tempo também insuficiente para a concessão do benefício pleiteado.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS para afastar o reconhecimento dos períodos urbanos sem registro em CTPS e julgar improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço, restando prejudicada a apelação do autor. Não há que se falar em condenação em honorários advocatícios e custas processuais, tendo em vista que o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita, seguindo orientação adotada pelo STF.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA:

Cuida-se, aqui, de ação ordinária movida pelo segurado HÉLIO HEITI YAMANARI em face do INSS, objetivando o reconhecimento dos períodos laborados sem registro em CTPS e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Segundo narra a inicial, o autor teria prestado serviços junto ao Escritório Despachante de propriedade de Décio Ravagnani, na condição de *Office boy*/auxiliar de escritório no período de 1º de julho de 1968 a 31 de maio de 1972, bem como junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui, desempenhando a função de Auxiliar de Cartório, no lapso temporal compreendido entre 1º de junho de 1972 e 31 de agosto de 1974. Somados tais períodos com o vínculo empregatício mantido com o Banco do Brasil desde 25 de setembro de 1974, totalizaria tempo suficiente à aposentadoria proporcional desde a data do requerimento administrativo (27 de maio de 1999).

Após o trâmite processual cabível, sobreveio sentença dando pela procedência do pedido inicial (fls. 246/253). Inconformadas, apelaram ambas as partes e, devidamente processados os recursos, vieram os autos a esta Corte.

A ilustre Relatora, Desembargadora Federal Marisa Santos, profere voto no sentido de reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, ao fundamento da imprestabilidade do laudo pericial coligido aos autos, porquanto subscrito por Perito Criminal do Núcleo de Perícias Criminalísticas de Araçatuba/SP, o qual estaria impedido de emitir documentos desse jaez. Ausentes elementos que comprovassem a efetiva prestação do serviço nos períodos mencionados, remanesceria prova exclusivamente testemunhal, inábil ao reconhecimento pretendido.

Início meu voto analisando o pedido de reconhecimento do

período supostamente laborado junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui/SP.

Diz a Constituição do Estado de São Paulo:

“Artigo 135 - Ao servidor público estadual será contado, como de efetivo exercício, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço prestado em cartório não oficializado, *mediante certidão expedida pela Corregedoria Geral da Justiça*” (grifei).

Como se sabe, os cartórios extrajudiciais estão subordinados à correição permanente dos Tribunais de Justiça dos Estados, efetuada por meio dos Juízes de Direito. Suas atividades estão definidas na Lei nº 10.393, de 16/12/1970, a qual determina, no art. 21 que:

“O tempo de serviço público federal, estadual, municipal ou autárquico, e o de serviço, ainda que em caráter interino, prestado em serventia da Justiça, como serventuário, escrevente, auxiliar ou fiel, computar-se-á integralmente, para efeito de aposentadoria.

Parágrafo único - O tempo de serviço será comprovado por título de liquidação expedido pela Corregedoria Geral da Justiça”.

Por sua vez, os arts. 1º e 2º esclarecem:

“Artigo 1º - A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, sob a administração do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, é financeiramente autônoma, com patrimônio próprio, passando a reger-se por esta lei”.

“Artigo 2º - São finalidades da Carteira:

I - proporcionar aposentadoria aos seus segurados;

II - conceder pensão aos dependentes dos segurados”.

Portanto, comprovado que a Previdência de trabalhador em serventia extrajudicial, subsume-se à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça Estadual, sob a administração do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP, infere-se que o INSS não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação. Precedentes: TJ/SP, 12ª Câmara de Direito Público, AC 547.427-5/6-00, Rel. Des. Wanderley José Federighi, j. 12/12/2007; TRF3, AC 97.03.072419-6, 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Martinez Perez, DJU 01/08/2002, p. 289.

Trago, igualmente, recente julgado da 3ª Seção desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. AÇÃO PROCEDENTE. JULGADO EXTINTO O FEITO ORIGINÁRIO. ILEGITIMIDADE DA PARTE.

(...)

3. A ação originária objetiva o reconhecimento do período em que o réu exerceu atividade de copista no Cartório do Primeiro Ofício de Justiça do Município de Getulina, entre 08/01/64 a 11/01/68.

4. A Carteira de Previdência das Serventias Não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo encontra-se sob a administração do IPESP, de acordo com o Art. 1º, da Lei Estadual 10.393/70 e o reconhecimento de tempo de serviço é de atribuição da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme prescreve o Art. 21, parágrafo único, da referida Lei: ‘O tempo de serviço será comprovado por título de liquidação e expedido pela Corregedoria Geral da Justiça’, sendo, portanto, o INSS parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação subjacente.

5. Não obstante tratar-se de pensão por morte, refere-se a servidor vinculado ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo, sujeito a regime próprio de previdência social (Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP), excluindo-se o INSS do pólo passivo no feito de origem.

Precedente desta Seção.

6. Ocorrência de violação ao Art. 267, VI, do CPC, Art. 135, da Constituição Estadual, Arts. 1º e 21, parágrafo único, da Lei Estadual 10.393/70, à Lei Estadual 2.888/54 (com a redação dada pela Lei 7.487/62), ao Decreto 41.981/63 e do Art. 55, do Decreto-lei 159/69.

7. A r. sentença poderia ter sido anulada de ofício pelo v. acórdão, em razão da ilegitimidade de parte ser matéria de ordem pública. O não preenchimento de uma das condições da ação permite que seja conhecido de ofício pelo Juiz. Precedente desta Corte.

8. Julgada procedente a ação para, em juízo rescindendo, rescindir o v. acórdão proferido na Apelação 2003.03.99.058244-7 e, em juízo rescisório, julgar extinto o feito originário sem resolução de mérito, nos termos do Art. 267, VI, do CPC. Réu isento dos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária.”

(AR nº 2003.03.00.019944-7/SP - Rel. Juiz Fed. Conv. Giselle França - j. 28/01/2010 - DJF3 19/03/2010 - p. 137).

Ausente, portanto, uma das condições da ação, qual seja a legitimidade de parte do INSS, não pode ela prosseguir. Confira-se in Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouveia. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 40ª ed., 2008, São Paulo, Ed. Saraiva:

“A ilegitimidade “ad causam”, como uma das condições da ação (art. 267, VI, CPC), deve ser conhecida de ofício (art. 301, § 4º, CPC) e em qualquer tempo de jurisdição (art. 267, § 3º CPC), incorrendo preclusão a respeito’ (RSTJ 5/363, maioria)” (p. 395).

“Em se tratando de condições da ação, não ocorre preclusão, mesmo existindo explícita decisão a respeito (CPC, art. 267, § 3º)” VI ENTA - concl. 9, aprovada com 2 votos contrários) (p. 398).

Já no que se refere ao período de 1º de julho de 1968 a 31 de maio de 1972, em que o demandante teria prestado serviços perante o Escritório Despachante, instruiu os autos, em prol de sua tese, com inúmeros documentos cujo preenchimento e assinatura seria originado de seu próprio punho.

O laudo pericial produzido às fls. 60/99 conclui, taxativamente, que “diante de um quadro tão rico de associações morfogenéticas, fica plenamente justificada a conclusão afirmativa de que, nos documentos examinados, no período compreendido entre 01 de junho de 1970 à 10 de abril de 1974, perfazendo um espaço de tempo de 47 (quarenta e sete) meses, apresentam lançamentos provenientes do punho do Sr. HÉLIO HEIITI YAMANARI, sendo autênticas as assinaturas e rubricas lançadas nos documentos apresentados”.

Tenho para mim que o fato do laudo referenciado ter sido subscrito por Perito Criminal não constitui óbice à sua admissão como elemento válido de prova. Conquanto já tenha manifestado entendimento em sentido contrário, em precedente citado pela ilustre Relatora - refiro-me à Apelação Cível nº 2000.03.99.017407-2, j. 04/04/2005 -, a questão fora novamente enfrentada por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2004.03.99.018646-8, de relatoria do eminente Desembargador Federal Santos Neves em 28/08/2006. Sua Excelência, na oportunidade, consignou que:

“A respeito, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, na Resolução SSP nº 31, de 11.08.1972 (posteriormente revogada pela Resolução SSP 114, de 30.03.2001), vedava tão-somente aos peritos criminais, fornecerem laudos, atestados ou pareceres, em caráter particular, destinados a fazer prova em inquérito policial ou processo criminal e, ainda, nos processos cíveis em que já houvesse laudo oficial da Divisão de Identificação Civil e Criminal ou do Instituto Médico Legal, ou que, por sua natureza, pudessem originar procedimento criminal (art. 1º e parágrafo único), o que não é a hipótese dos autos.

Desta forma, entendo que o laudo em questão constitui

início de prova material do exercício da atividade alegada pelo autor”.

Reconheço fortes os argumentos então expendidos, que me convencem a evoluir o pensamento no sentido de legitimar referido meio de prova.

Atribuídas ao requerente a autoria dos lançamentos efetivados nos documentos examinados, tenho-os como início razoável de prova material, satisfazendo a exigência contida na Súmula nº 149 do STJ.

A prova oral colhida tanto em sede de justificação administrativa como em audiência de instrução e julgamento (fls. 143/145 e 230), foram firmes e coesas no sentido da existência de vínculo laboral entre o autor e o Despachante.

Cabível, portanto, o reconhecimento do período sem registro em Carteira de Trabalho, de 1º de janeiro de 1970 (ano do documento mais remoto - Guia de Recolhimento de Taxas de Serviços de Trânsito datada de 1º de junho de 1970) a 31 de maio de 1972, em um total de 2 anos e 5 meses.

Somando-se o período em questão com aquele constante da CTPS de fls. 23/24, sobre o qual não pairou qualquer controvérsia, contava o autor, por ocasião do requerimento administrativo (27 de maio de 1999), com 27 anos, 1 mês e 4 dias de tempo de serviço, insuficientes à concessão da aposentadoria, mesmo na modalidade proporcional.

Ante o exposto, com a devida vênia, *de ofício, julgo extinto o feito* sem resolução do mérito, no tocante ao pedido de reconhecimento de tempo de serviço prestado junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui/SP, por ilegitimidade passiva do INSS, nos termos do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. *Dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS* para limitar o reconhecimento do tempo urbano prestado junto ao Escritório Despachante, sem registro em CTPS, ao período de 1º de janeiro de 1970 a 31 de maio de 1972 e indeferir a concessão da aposentadoria por tempo de serviço. *Julgo prejudicada a apelação do autor.*

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO: Trata-se de apelações interpostas pela parte-requerente e pelo INSS em face da sentença (fls. 246/253) que julgou procedente o pedido, reconhecendo o tempo de serviço, sem anotação em CTPS, como “office boy”/auxiliar, de 01/07/1968 a 31/05/1972 e, auxiliar de cartório, de 01/06/1972 a 31/08/1974, condenando o INSS ao pagamento de aposentadoria por tempo de serviço, a partir da data da citação, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

Na sessão de 25/05/2010, a eminente relatora, Desembargadora Federal MARISA SANTOS, deu provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para afastar o reconhecimento do período trabalhado sem registro em CTPS (01/07/1968 a 31/05/1972 e de 01/06/1972 a 31/08/1974), por entender que o principal documento juntado aos autos, “laudo grafotécnico” (fls. 60/69), não serve de prova indiciária à pretensão do Autor, uma vez que foi firmado por profissional (*Perito Criminal do Núcleo de Perícias Criminais de Araçatuba/SP*) impedido de emitir pareceres fora do âmbito oficial e, por conseqüência, julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, bem como prejudicada a apelação da parte-requerente.

O ilustre revisor, Desembargador Federal NELSON BERNARDES apresentou divergência para, de ofício, julgar extinto, sem resolução do mérito, o pedido relativo ao reconhecimento do tempo de serviço prestado pela parte-requerente, junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui/SP, por ilegitimidade passiva do INSS, uma vez que à época da prestação do serviço a parte-requerente estava sob regime de previdência própria, bem como deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para limitar o reconhecimento do tempo de

serviço urbano laborado pela parte-requerente junto ao Escritório de Despachantes, sem registro em CTPS, mantendo a improcedência do pedido de aposentadoria por tempo de serviço e, prejudicada a apelação da parte-requerente.

Pedi vista dos autos para que pudesse melhor refletir sobre a questão.

Com relação ao “laudo grafotécnico” de fls. 60/69, conforme informações prestadas pelo Perito Criminal Diretor do Centro de Perícias (Instituto de Criminalística), serve como meio de prova à pretensão do Autor, uma vez que não havia impedimento legal por ocasião da realização da perícia, em 25/03/1998, para o profissional (*Perito Criminal do Núcleo de Perícias Criminais de Araçatuba/SP*) emitir pareceres fora do âmbito oficial (fls. 310).

Com relação ao pedido de reconhecimento do tempo de serviço, de 01/06/1972 a 31/08/1974, junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui/SP, na função de Auxiliar de Cartório, a situação jurídica posta à reflexão diz respeito à possibilidade de os serventuários dos Cartórios extrajudiciais antes da edição Lei 8.935/94, obterem condenação do INSS a averbar e computar tempo de serviço, ou seja, anteriormente à edição da Lei 8.935/94, a qual, diante do contido no parágrafo primeiro, do artigo 236, do Texto Magno, veio a disciplinar as atividades dos serviços notariais e de registro, inclusive no que tange à natureza da relação jurídica havida entre os serventuários dos cartórios não oficializados e os titulares das serventias.

Com efeito, referida legislação estanca qualquer dúvida no sentido de que, até sua publicação, os escreventes e auxiliares das serventias estavam sujeitos a regime especial ou estatutário, tanto que autorizou a transformação do regime jurídico destes para o celetista, mediante opção expressa, no prazo de 30 (trinta) dias, sendo certo que, não ocorrendo referida opção, continuariam regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo (no presente caso, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). É o que se extrai do artigo 48, parágrafos 1º e 2º, da lei supramencionada, de seguinte teor:

“Art. 48. Os notários e os oficiais de registro poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico, em opção expressa, no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação desta lei.

§ 1º Ocorrendo opção, o tempo de serviço prestado será integralmente considerado, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Não ocorrendo opção, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação desta lei.”

Vale consignar, ainda, o quanto disposto no Precedente Administrativo nº 39 do Ministério do Trabalho e do Emprego, aprovado pelo Ato Declaratório nº 04, de 21 de fevereiro de 2002, *in verbis*:

“EMPREGADOS EM TABELIONATOS. NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO. É de natureza celetista o vínculo dos empregados em tabelionatos contratados após a edição da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, bem como o dos servidores admitidos antes da Constituição Federal de 1988 em regime estatutário ou especial que tenham feito opção expressa pelo regime.”

Nem se argumente a impossibilidade de a parte-requerente ser considerada servidora pública, em sentido lato, pelo fato de ter recebido, diretamente da titular do cartório, sua remuneração e seus demais direitos, pois, como já muito bem decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, “os serventuários e auxiliares, em cartórios não oficializados, prestam autêntico serviço público, inerente ao funcionamento da Justiça (serviço jurisdicional) ou à administração pública de interesse privado. Pouco importa se o

seu regime funcional os liga ao Estado para fins de remuneração, ou se são remunerados pelo titular da serventia. A higidez do sistema de cartórios não oficializados não descaracteriza o seu serviço e eles são, no sentido lato, mas próprio do vocábulo, servidores públicos.” (Apelação Cível nº 218.995-1 - São Paulo - Relator: ROQUE MESQUITA - CCIV 1 - v. u. - 07.02.95).

No mesmo sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, para o qual, “os servidores dos cartórios extrajudiciais, entretanto, admitidos no regime anterior, continuam na condição de servidor público em sentido lato, sob o regime especial de trabalho, sujeitando-se a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.” (ROMS 712/SP, Rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, RSTJ 28/254).

A respeito da matéria, inclusive, a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, é digna de menção:

“VÍNCULO DE EMPREGO COM CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO. ART. 48 DA LEI Nº 8.935/94. O art. 48 da Lei nº 8.935/94 em nenhum momento estabelece a qual regime estavam submetidos os serventuários dos Cartórios extrajudiciais antes da edição dessa lei. Apenas dispõe que os notários e os oficiais de registro poderiam, a partir da edição da norma, contratar sob o regime celetista seus escreventes e auxiliares que fossem contratados sob regime estatutário ou especial, desde que esses fizessem opção expressa no prazo de trinta dias. (...)” (PROC. Nº TST-RR-703.230/2000.7, 5ª Turma, RIDER DE BRITO Ministro Relator, DJ - 31/05/2002).

Assim, não há se falar em declaração de tempo de serviço perante o INSS, eis que, indiscutivelmente a parte-requerente foi admitida sob a égide do regime diferenciado dos servidores dos cartórios não oficializados, no que resulta a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva.

3. Com relação ao pedido de reconhecimento tempo de serviço urbano, sem registro em CTPS, de 1º/07/1968 a 31/05/1972,

junto ao Escritório Despachante de propriedade de Décio Ravagnani, como “office boy”/auxiliar de escritório, o laudo grafotécnico (fls. 60/99), aliado à prova testemunhal (fls. 143/145 e 230) autoriza o reconhecimento, todavia, a partir de 1º/05/1970 a 31/05/1972.

Contudo, o somatório do tempo de serviço do autor na data do requerimento administrativo, em 27/05/1999, é inferior a trinta anos, insuficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Assim, após a atenta leitura do voto acostado às fls. 290/293 e a declaração de voto às fls. 302/304, peço vênha a eminente Relatora para acompanhar, a divergência apresentada pelo ilustre Revisor Desembargador Nelson Bernardes, para, *de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito*, nos termos do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade passiva do INSS, com relação ao pedido de reconhecimento de tempo de serviço junto ao 1º Cartório de Notas e Ofício de Justiça da Comarca de Birigui/SP; *dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS* para limitar o reconhecimento do tempo urbano prestado junto ao Escritório Despachante, sem registro em CTPS, ao período de 1º de janeiro de 1970 a 31 de maio de 1972, e julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, bem como *julgar prejudicada a apelação da parte-requerente*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO

APELAÇÃO CÍVEL
0009138-51.2004.4.03.6104
(2004.61.04.009138-2)

Apelante: POWERLICE TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1349492
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2010

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO FEITA NA PESSOA DE FUNCIONÁRIO DA EMPRESA. CITAÇÃO VÁLIDA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. EMPRESA RÉ VENCEDORA DE LICITAÇÃO. CONCESSÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE TV A CABO. PRAZO PARA INÍCIO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DESCUMPRIDO. APLICAÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO: POSSIBILIDADE. ARTIGOS 19 E 41 DA LEI Nº 8.977/95. RECONVENÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DE INVESTIMENTOS E GASTOS ALEGADOS.

1. O Código Adjetivo Civil dispõe, no seu artigo 523, *caput* e inciso I, que, na modalidade de agravo retido, a parte agravante deverá requerer ao tribunal que dele conheça preliminarmente, quando do julgamento da apelação interposta e sanciona que não se conhecerá do agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pela Corte. Esta é a hipótese dos autos, restando prejudicado o agravo retido.

2. A citação feita na pessoa de quem se identifica como funcionário da empresa é válida, devendo ser levado ainda em conta que no presente caso tal fato não obstou ou dificultou a defesa da ora apelante. Precedentes do STJ.

3. Não ocorreu nos autos o alegado cerceamento de defesa, pois, a prova documental produzida é vasta e ofereceu supedâneo mais do que suficiente para o exame e solução dos pleitos pugnados, mostrando-se dispensável a prova pericial.

4. Quanto à questão preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, basta anotar que a pretensão deduzida é admissível em face do ordenamento jurídico pátrio, nada objetando o pleito, pois, em tese, possível o seu acolhimento, não havendo mesmo falar em ausência da referida condição da ação.

5. A apelante foi vencedora de concorrências promovidas pela ANATEL, obtendo a concessão para explorar, pelo prazo de 15 (quinze) anos, sem direito de exclusividade, o serviço de TV a cabo, nas cidades de Arapiraca/AL, Macapá/AP, Jundiá/SP e Marília/SP, sendo feita a outorga das respectivas concessões em 29.12.1998.

6. Portanto, o termo final para que a apelante implantasse o sistema e iniciasse a prestação do serviço era de 30 de junho de 2000. Todavia, a apelante requereu, nos termos da lei, a prorrogação desse prazo, sendo deferido o pedido para conceder-lhe prazo adicional, pelo período máximo de doze meses, para início das operações nas cidades de Macapá/AP e Arapiraca/AL, a vencer em 30 de junho de 2001; e indeferido o pedido de prorrogação quanto ao início das operações nas cidades de Jundiá e Marília, no Estado de São Paulo. Porém, em sede de recurso, obteve a apelante a prorrogação pretendida também para estas cidades, com o novo prazo para início da prestação do serviço assinalado para 30 de dezembro de 2001.

7. Apesar da prorrogação de todos os prazos no limite máximo permitido por lei, a verdade é que a apelante não logrou dar início à prestação do serviço de TV a cabo em nenhuma das praças mencionadas, daí a instauração dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações (PADOs), restando por meio deles apuradas as mais

variadas irregularidades que acabaram por inviabilizar a implantação dos sistemas e o início da prestação do serviço nas referidas cidades.

8. Não bastasse, os autos dão conta de que a apelante enfrentou grave crise financeira e descalabro administrativo que teriam sido superadas com a admissão de novos sócios, porém, em que pese isso, não conseguiu demonstrar capacidade econômica, financeira e operacional, o que, aliás, reconhece nos autos, para dar início à operação do sistema em pelo menos nove cidades onde detinha concessão.

9. Outro fato da maior gravidade diz respeito à transferência de concessões sem prévia concordância da agência reguladora, isso por meio de cisão e transferência de participação societária operadas entre a concessionária e outra empresa do mesmo grupo. Em face da referida operação societária, esta empresa passou a deter os direitos de prestação do referido serviço em sete áreas e a concessionária permaneceu apenas com as outorgas relativas às cidades de Marília, Jundiá e Guarujá, todas no Estado de São Paulo.

10. Resta claro que a apelante não logrou êxito em iniciar as suas operações, no prazo assinalado para tanto, apesar das prorrogações concedidas, porque jamais reuniu capacidade técnica, capacidade financeira, logística de operação, enfim, experiência para operar sistemas sofisticados de comunicação, retardando, por mais de cinco anos, o início da prestação de serviço de TV a cabo das cidades relativas às concessões tratadas nestes autos.

11. Ora, nos termos da Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995, as operadoras do serviço de TV a cabo deverão concluir a fase inicial da instalação do sistema e dar início à prestação do serviço no prazo de dezoito meses, contados da publicação do ato de outorga, podendo este prazo ser prorrogado uma vez, pelo período máximo de doze meses, sujeitando-se a concessionária que não cumprir o contrato a suportar penalidades que vão desde a aplicação de

multa até a cassação da concessão, reservada esta apenas para as hipóteses expressamente previstas no artigo 41 da referida lei, e dependendo a sua aplicação de decisão judicial transitada em julgado, sendo esta a hipótese dos autos.

12. Quanto ao pedido de indenização, formulado em sede de reconvenção, não merece prosperar, tendo em vista que, ao que consta dos autos, além de a apelante ter dado causa à cassação pleiteada, esta não logrou êxito em comprovar os alegados investimentos, como visto, não havendo, pois, que se falar em reparação de seus “gastos”. Ademais, a indenização, nos casos de cassação de concessão, em que pese admitida, pressupõe, necessariamente, a existência de patrimônio reversível, sendo certo que, na verdade, a Lei nº 8.977/95, trata (art. 36) de reversão, pois, neste caso, há bens reversíveis, sendo, pois, cabível a indenização das parcelas de investimentos vinculadas ao empreendimento e esta não é a hipótese dos autos.

13. Agravo retido prejudicado e apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação e agravo retido, em sede de ação ordinária, ajuizada pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, em face da concessionária Powerlice Telecomunicações

Ltda., com o objetivo de obter declaração judicial da cassação das concessões outorgadas à ora apelada, para a execução e exploração, sem exclusividade, de serviços de TV a cabo nas cidades de Arapiraca, Estado de Alagoas, Macapá, Estado do Amapá, Jundiá e Marília, ambas no Estado de São Paulo.

Da decisão que indeferiu a liminar nos autos da cautelar incidental em apenso (2005.61.04.002164-5), a requerente, ora apelante, interpôs agravo de instrumento, autos nº 2005.03.00.016990-7 em apenso, nos quais o Eminent Desembargador Federal relator proferiu decisão (fls. 336/337) convertendo-o em agravo retido.

A sentença proferida nos presentes autos (fls. 2.196/2.208) julgou procedente o pedido acima mencionado, de declaração judicial de cassação, e improcedente o pedido reconvenicional de indenização, resolvendo o mérito do processo, a teor da norma contida no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apelou a parte ré (fls. 2.224/2.254), argüindo nulidade do processo e, conseqüentemente, da sentença, ante a inocorrência de citação válida, uma vez que esta ocorreu na pessoa de seu funcionário e não de um de seus representantes legais. Alega, ainda, nulidade da sentença em face de cerceamento de defesa, por ter o juízo *a quo* indeferido o seu pedido de prova, que era direito seu, sendo deseso ao juiz restringi-lo, não havendo supedâneo legal que o sustente, ainda que o seu convencimento já tenha se formado. Ademais, sustenta a necessidade da dilação probatória visando a comprovar as suas alegações, bem como devendo ser levado em conta a gravidade da pena aplicada no caso, qual seja, a cassação das concessões a ela outorgadas. Ainda em sede de preliminar, reiterou a carência da ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido, por não ter a autora providenciado a notificação prévia da concessionária, oferecendo-lhe prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas, bem como o seu enquadramento nos termos do contrato, conforme exigido pelo § 1º, do artigo 38, da Lei nº 8.987/95.

No mérito, alega, em suma, que merece reforma a sentença fustigada, conquanto se mantida a sua cassação toda a sociedade será lesada, devido a novo processo de licitação, moroso e

custoso, em detrimento, ainda, das pessoas que ficarão sem TV a cabo nesse meio tempo, sustentando que a atividade da televisão pode ser considerada como serviço público, atribuindo-se às concessionárias, o princípio da supremacia do direito público sobre o privado. Aduz, ainda, a dificuldade da instalação e operação dos sistemas, entre outras, pela aquisição de materiais e equipamentos e, notadamente, pelo cabeamento dos postes de energia elétrica, afirmando que tal fato gera grande impasse, uma vez que as companhias concessionárias de energia elétrica exigem preços exorbitantes para alugá-los, sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para obter um valor razoável. Assim, afirma que a apelada, sabedora dessas dificuldades, aplica a multa como sanção em outros casos, prorrogando o prazo para início das operações, sendo certo que nunca puniu ou processou outras concessionárias para cassá-las, citando vários exemplos de concessionárias em instalação, desde o ano 2000, sustentando, pois, ser a medida de cassação extremada e sem nenhum precedente. Por fim, sustenta não haver prejuízo ao Estado em conceder prazos razoáveis para a instalação e operação das outorgas.

Quanto ao pedido de indenização, feito em sede de reconvenção (fls. 298/300), pugna pelo ressarcimento de seus gastos com os investimentos já realizados, no valor de aproximadamente R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), radicando na apelada a obrigação de indenizá-la, além dos gastos indiretos e lucros cessantes que devem ser apurados em regular liquidação, caso seja mantida a sentença recorrida, sob pena de ferir o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ensejar o enriquecimento sem causa da apelada (fls. 2.250/2.252).

Foram apresentadas contra-razões ao recurso interposto (fls. 2.267/2.293).

À revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS

(Relator): Senhores Julgadores, anoto, de início, que o Código Adjetivo Civil dispõe, no seu artigo 523, *caput* e inciso I, que, na modalidade de agravo retido, a parte agravante deverá requerer ao tribunal que dele conheça preliminarmente, quando do julgamento da apelação interposta e sanciona que não se conhecerá do agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pela Corte.

Ocorre que *in casu* o agravo de instrumento interposto pela ora apelante, foi convertido em retido e refere-se à decisão proferida nos autos da medida cautelar em apenso (2005.61.04.002164-5), não tendo a agravante requerido, seja na ação cautelar ou no presente feito principal, a apreciação do agravo retido, mesmo porque na medida cautelar foi proferida sentença julgando improcedente o pedido e não houve interposição de recurso de apelação, sendo, pois, o caso de julgar prejudicado o agravo retido.

Cabe, nesse ponto, afastar a argüição de nulidade do processo, sob a alegação de que não houve citação válida, uma vez que esta não se deu na pessoa de seu representante legal, pois, é sabido que a citação operada na pessoa de funcionário da empresa é válida, devendo se levar em conta, ainda, que, no caso dos autos, tal fato não obstou ou dificultou, de qualquer maneira, a defesa da ora apelante, conforme, aliás, pode se observar de sua alentada contestação (fls. 171/287), bem como de sua reconvenção (fls. 298/300), nada denotando a ocorrência de qualquer prejuízo a justificar minimamente a anulação do referido ato processual.

Nesse sentido, colho da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PESSOA JURÍDICA - CITAÇÃO REALIZADA NA PESSOA DE FUNCIONÁRIA DA EMPRESA - TEORIA DA APARÊNCIA - VALIDADE (...) I - Com base na teoria da aparência, é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como funcionário da empresa, sem ressalvas, não sendo necessário que receba a citação o seu representante legal autorizado.” (AGA nº 1056214, proc. nº 200801151918/MG, 3ª Turma,

rel. Min. Sidnei Beneti, DJE, 12/12/2008).

Quanto à argüição de nulidade da sentença, em face de alegado cerceamento de defesa, também sem razão a apelante, pois, compulsando os autos, verifico que foi concedido (fls. 383) prazo para a especificação de provas pelas partes, justificando a sua pertinência, tendo a ora apelante apresentado requerimento (fls. 389/390) para a produção de prova pericial, depoimento pessoal do presidente da agência reguladora, bem como a oitiva de testemunhas a serem apresentadas oportunamente. Porém, o que chamou de prova pericial, na verdade reduzia-se à pretensão de juntar documentos e isso foi deferido pelo juízo (fls. 393), que determinou fosse esclarecida, ainda, a pertinência da oitiva do presidente da ANATEL, bem como de testemunhas, para o deslinde da causa, ordenando à agência reguladora que juntasse aos autos cópia integral do procedimento administrativo do qual resultou na decisão de aplicação da penalidade de cassação das concessões. Ato contínuo, a ora apelante aduziu razões (fls. 398/400) para justificar as provas requeridas e a ANATEL juntou cópia integral dos processos administrativos referentes às concessões objeto de discussão nestes autos, tendo o Juízo saneado o feito (fls. 2.187/2.189) para decidir que “os documentos carreados aos autos são suficientes para a solução da controvérsia, porquanto juntada farta documentação relativa aos Procedimentos de Apurações de Descumprimento de Obrigações (PADOs), os quais, aliados àqueles produzidos pela parte ré, asseguram as informações suficientes ao julgamento.” (fls. 2.189), sendo certo que esta decisão não foi alvo de qualquer recurso (fls. 2.195), restando preclusa a oportunidade para tal.

Ora, em face do quanto visto, resta patente que não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, pois, a prova documental produzida nos autos é vasta e ofereceu supedâneo mais do que suficiente para o exame e solução dos pleitos aqui pugnados.

Quanto à questão preliminar argüida, de impossibilidade jurídica do pedido, a sentença recorrida deslindou-a de forma proficiente, anotando que a pretensão deduzida é admissível em face do ordenamento jurídico pátrio, nada objetando o pleito, pois,

em tese, possível o seu acolhimento, não havendo mesmo falar em ausência da referida condição da ação.

Adentrando no exame do mérito da questão, anoto que se trata de pleito formulado pela ANATEL para obter declaração judicial da cassação de concessões para a execução e exploração de serviços de TV a cabo, nas cidades alhures mencionadas, que foram objeto de outorga à empresa ré, por ter sido vencedora em processo de licitação, sob a alegação de que contra a mesma foram instaurados procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações (PADOs), em razão de vários motivos, dentre eles, pelo não pagamento da segunda parcela do preço ofertado, a não apresentação do projeto técnico das instalações para a prestação do serviço, a transferência de concessões sem a prévia autorização da agência reguladora, o não envio da documentação necessária à emissão de licença de funcionamento, o não envio dos resumos dos projetos técnicos e o não envio de informações solicitadas, dentro do prazo regulamentar. Notadamente, pleiteia a cassação das concessões por não ter a concessionária iniciado a operação, com a prestação do serviço, dentro do prazo indicado, conforme disposto no artigo 19, da Lei nº 8.977/95, sendo certo que o artigo 41, da referida lei prevê a pena de cassação das concessões das empresas que desrespeitam tal prazo.

Convém, nesse ponto, transcrever os dispositivos legais de regência da matéria, dispondo a Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995, o seguinte: “Art. 19. As operadoras do serviço de TV a Cabo terão um prazo de dezoito meses, a partir da data de publicação do ato de outorga, para concluir a etapa inicial de instalação do sistema e iniciar a prestação do serviço aos assinantes, em conformidade com o projeto referendado pelo ato de outorga. § 1º O prazo previsto no *caput* deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo doze meses, se as razões apresentadas para tanto forem julgadas relevantes pelo Poder Executivo. Art. 41. Fica sujeito à pena de cassação da concessão a operadora que incidir nas seguintes infrações: I - demonstrar incapacidade técnica, pelo descumprimento das exigências legais quanto à execução dos serviços; II - demonstrar incapacidade legal; III - demonstrar

incapacidade econômico-financeira; IV - submeter o controle ou a direção da empresa a pessoas não qualificadas na forma da lei; V - transferir, sem prévia anuência do Poder Executivo, a qualquer título e por qualquer instrumento, a concessão para execução do serviço ou o controle da entidade operadora; VI - não iniciar a operação regular do serviço no prazo máximo de dezoito meses, prorrogável por mais doze, a contar da data da publicação do ato de outorga; VII - interromper, sem justificativa, a execução total ou parcial do serviço por prazo superior a trinta dias consecutivos, salvo quando tenha obtido a autorização prévia do Poder Executivo. Parágrafo único. A pena de cassação só será aplicada após sentença judicial.”

Da inteligência das normas legais acima transcritas, conclui-se que as operadoras do serviço de TV a cabo deverão concluir a fase inicial da instalação do sistema e dar início à prestação do serviço no prazo de dezoito meses, contados da publicação do ato de outorga, podendo este prazo ser prorrogado uma vez, pelo período máximo de doze meses, sujeitando-se a concessionária que não cumprir o contrato a suportar penalidades que vão desde a aplicação de multa até a cassação da concessão, reservada esta apenas para as hipóteses expressamente previstas no artigo 41 da referida lei, e dependendo a sua aplicação de decisão judicial transitada em julgado.

Retomando, agora, o exame dos autos, verifico que, realmente, a apelante foi vencedora das concorrências nº 010/97-TVC-DOCM/SFO/MC e 011/97-TVC-DOCM/SFO/MC, promovidas pela ANATEL, obtendo a concessão para explorar, pelo prazo de 15 (quinze) anos, sem direito de exclusividade, o serviço de TV a cabo, nas cidades de Arapiraca/AL, Macapá/AP, Jundiá/SP e Marília/SP, sendo feita a outorga das respectivas concessões em 29.12.1998 (fls. 09/17).

Portanto, o termo final para que a apelante implantasse o sistema e iniciasse a prestação do serviço era de 30 de junho de 2000. Todavia, a apelante requereu, nos termos da lei, a prorrogação desse prazo, sendo deferido o pedido para conceder-lhe prazo adicional, pelo período máximo de doze meses, para início

das operações nas cidades de Macapá/AP e Arapiraca/AL, a vencer em 30 de junho de 2001; e indeferido o pedido de prorrogação quanto ao início das operações nas cidades de Jundiáí e Marília, no Estado de São Paulo. Porém, em sede de recurso, obteve a apelante a prorrogação pretendida também para estas cidades, com o novo prazo para início da prestação do serviço assinalado para 30 de dezembro de 2001.

Apesar da prorrogação de todos os prazos no limite máximo permitido por lei, a verdade é que a apelante não logrou dar início à prestação do serviço de TV a cabo em nenhuma das praças mencionadas, daí a instauração dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações (PADOs), respectivamente, sob os números 53.500.004.269/2001 (Macapá/AP), 53.500.001.890/2002 (Marília/SP), 53.500.001.920/2002 (Jundiáí/SP) e 53.500.004.270/2001 (Arapiraca/AL) (fls. 411, 845, 1284 e 1717), restando por meio deles apuradas as mais variadas irregularidades que acabaram por inviabilizar a implantação dos sistemas e o início da prestação do serviço nas referidas cidades.

A propósito, calha mencionar o Informe nº 165, de 01.10.2003 (fls. 57/84), da ANATEL, onde os seus subscritores afirmam que: *a)* com relação à cidade de Macapá, a fiscalização da agência reguladora sequer conseguiu localizar o endereço do escritório da concessionária, pois o endereço fornecido não existe, podendo concluir que “a referida entidade não possui qualquer indício de investimento e/ou implantação do sistema de TV a Cabo neste município.” (fls. 66); *b)* com relação à cidade de Arapiraca, da mesma forma, o logradouro informado à agência pela concessionária não existe, porém, a Companhia Energética de Alagoas informou que firmara com a empresa contrato de compartilhamento de infra-estrutura, para a utilização da rede daquela, porém, o instrumento expirou-se em 07.07.2002, concluindo a fiscalização que, apesar do referido contrato, a apelante “não instalou seu *head-end* e sua rede de cabeamento, portanto, jamais iniciou a operação do Sistema de TV a Cabo no município de Arapiraca” (fls. 66); *c)* na cidade de Marília, concluiu a fiscalização da agência que a concessionária ainda não possuía “contrato de compartilhamento

de poste com a concessionária de energia local (não tendo assim nenhum metro de cabo até a presente data), não possui contratos com locatário ou escrituras de imóvel na cidade de Marília/SP (...). Portanto, na cidade de Marília/SP nenhuma evidência objetiva foi verificada ou apresentada que comprove o início das operações da referida entidade.” (fls. 67); *d*) na cidade de Jundiaí, a fiscalização da agência reguladora constatou que a concessionária “possui contrato de compartilhamento de poste com a concessionária de energia local, porém nenhum metro de cabo foi lançado até a presente data” e, apesar da informação do gerente local, no endereço da sede local, “constatou-se simplesmente o imóvel, ou seja, nenhum (*sic*) infra-estrutura ou funcionários que comprovasse alguma operacionalidade. Nenhum contrato entre a *Powerlice* Telecomunicações Ltda. e locatário ou escrituras de imóvel na cidade de Jundiaí/SP em nome da referida entidade foram referenciados.” (fls. 67).

Anote-se que as irregularidades acima descritas referem-se apenas às concessões relativas às cidades mencionadas, pois, além dessas, a apelante possuía outorgas em mais de meia dúzia de outras localidades e o mesmo informe dá conta de ilícitos administrativos da mesma natureza em todas elas.

Não bastasse, os autos dão conta de que a apelante enfrentou grave crise financeira e descalabro administrativo que teriam sido superadas com a admissão de novos sócios (fls. 72), porém, em que pese isso, não conseguiu demonstrar capacidade econômica, financeira e operacional, o que, aliás, reconhece nos autos, para dar início à operação do sistema em pelo menos nove cidades onde detinha concessão.

Outro fato da maior gravidade diz respeito à transferência de concessões sem prévia concordância da agência reguladora, relatando o mesmo informe que isso se deu por meio das seguintes providências: a) divisão do capital social da *Powerlice* em “quotas ordinárias”, com direito a voto, e em “quotas preferenciais”, sem direito a voto; b) redivisão das quotas representativas do capital da *Powerlice*; c) cessão e transferência de quotas representativas do capital da *Powerlice*; d) divisão do capital social da

Nova Comunicação em “quotas ordinárias”, com direito a voto, e em “quotas preferenciais”, sem direito a voto; e) cisão parcial da *Powerlice*, com incorporação da parcela cindida de seu patrimônio pela Nova Comunicação. (fls. 75).

Em face da referida operação societária, conclui o informe da ANATEL o seguinte: “4.59.3. Após a cisão, os direitos decorrentes das 7 (sete) outorgas para exploração do Serviço de TV a Cabo firmados com a ANATEL, referentes às áreas de Macapá, Maracanaú, Parnaíba, Timon, Arapiraca, Palmas e Rio Branco, bem como alguns equipamentos, passaram a integrar o patrimônio da NOVA COMUNICAÇÃO, enquanto que permaneceram na *Powerlice* os decorrentes das outorgas de Marília, Jundiá e Guarujá, todas no Estado de São Paulo, e os demais ativos e obrigações já existentes na *Powerlice*.” (fls. 75).

Ora, resta claro que a apelante não logrou êxito em iniciar as suas operações, no prazo assinalado para tanto, apesar das prorrogações concedidas, porque jamais reuniu capacidade técnica, capacidade financeira, logística de operação, enfim, experiência para operar sistemas sofisticados de comunicação, retardando, por mais de cinco anos, o início da prestação de serviço de TV a cabo das cidades relativas às concessões tratadas nestes autos.

Registre-se, ademais, a fragilidade das alegações da apelante, tentando justificar os atrasos todos na dificuldade de se conseguir obter das companhias concessionárias de energia elétrica o “aluguel de postes” com preços razoáveis, aduzindo ser até mesmo necessário buscar o amparo do Poder Judiciário, enfrentando processos morosos para conseguir tal fim, contudo, não demonstrou qualquer diligência concreta nesse sentido, não se vislumbrando qualquer razoabilidade nesses argumentos.

Ora, a apelante ainda alega prejuízo à sociedade se mantida a cassação, ante a necessidade de se abrir novo processo de licitação, com custos e ônus ao Estado. Ocorre que esse fato não deve servir de supedâneo para legitimar o descumprimento de prazos legais pelas concessionárias, que, da mesma forma, com os seus atrasos injustificáveis lesam a sociedade e o próprio Estado. Assim sendo, entendo que o interesse público reside no

fato de ver os serviços de TV a cabo sendo prestados e o não fornecimento efetivo, dentro do prazo assinalado para tanto, por parte da apelante, é que pode ser considerado como lesivo ao interesse público.

Outrossim, não se pode comparar o caso tratado nos autos com os de outras concessionárias, devendo ser examinado cada um segundo as suas especificidades. Portanto, o fato de que não houve ainda aplicação de penalidade de cassação a qualquer outra concessionária não deve servir de amparo para relevar as reiteradas condutas de descumprimento das obrigações decorrentes da concessão por parte da apelante, como demonstram à saciedade os vinte e três procedimentos contra ela instaurados destinados a apurar falta de pagamento de parcela decorrente da outorga, aplicação de multas, apuração de irregularidades na não implantação de sistemas, atrasos decorrentes da falta de recursos para investimentos, transferência de concessão outorgada sem a autorização prévia da agência reguladora, até culminar com a ação para a aplicação da penalidade de cassação das outorgas.

Alega, ainda, a apelante, neste recurso, que desembolsou aproximadamente R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) em investimentos, com recursos oriundos de empréstimos junto ao *Bank of Boston*, registrado no Banco Central do Brasil, porém não colacionou aos autos qualquer documento capaz de corroborar as suas alegações, sequer cópia do contrato foi juntada, cingindo-se apenas a alegar tais fatos.

Dessa forma, quanto ao pedido de indenização, formulado em sede de reconvenção, entendo que não merece prosperar, tendo em vista que, ao que consta dos autos, além de a apelante ter dado causa à cassação pleiteada, esta não logrou êxito em comprovar os alegados investimentos, como visto, não havendo, pois, que se falar em reparação de seus “gastos”. Ademais, a indenização, nos casos de cassação de concessão, em que pese admitida, pressupõe, necessariamente, a existência de patrimônio reversível, sendo certo que, na verdade, a Lei nº 8.977/95, trata (art. 36) de reversão, pois, neste caso, há bens reversíveis, sendo, pois, cabível a indenização das parcelas de investimentos vinculadas ao

empreendimento e esta não é a hipótese dos autos.

A propósito disso, deve se levar em conta que o dever de indenizar, tanto em face do dano material quanto do dano moral, pressupõe, sempre, a existência de liame entre a ação ou omissão e o resultado danoso que teria suportado e, na hipótese dos autos, como visto, isso não ocorreu, não radicando à agência reguladora nenhuma responsabilidade, inclusive no tocante aos lucros cessantes.

Em suma, havendo supedâneo legal que legitime a cassação das concessões e não logrando a apelante demonstrar o seu direito, inclusive quanto ao pleito reconvenicional, impõe-se a confirmação da sentença atacada.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo retido e nego provimento à apelação, para manter íntegra a sentença recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0010517-24.2004.4.03.6105
(2004.61.05.010517-1)

Apelante: LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS BIO CHECK UP LTDA.

Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO

Classe do Processo: AMS 301217

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2010

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE PRESTIGIADO (ART. 6º). LEI Nº 9.249/95, ART. 15, § 1º, III, “A”. EXEGESE E ALCANCE. SERVIÇOS DE ANÁLISES CLÍNICAS. INCLUSÃO NO CONCEITO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. PRECEDENTES (STJ, RESP 951251/PR, REL. MIN. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 22.4.2009, DJE 3.6.2009; STJ - AGRG NO RESP 893835/RS - SEGUNDA TURMA - REL. MIN. HERMAN BENJAMIM - J. 01/09/2009 - P. 08/09/2009; STJ - RESP 1081441/PR - SEGUNDA TURMA - REL. MIN. CASTRO MEIRA - J. 04/08/2009 - P. 31/08/2009; STJ - RESP 1082101/RS - SEGUNDA TURMA - REL. MIN. HUMBERTO MARTINS - J. 23/06/2009 - P. 01/07/2009). APELO A QUE SE DÁ PARCIAL 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, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de julho de 2010.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -
Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em sede de “writ” impetrado por *LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS BIO CHECK UP LTDA.*, objetivando assegurar o direito de recolher o IRPJ e a CSLL pelas alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente, incidentes sobre a base de cálculo específica para as pessoas jurídicas prestadoras de serviços hospitalares, bem assim, a não-sujeição ao regime de retenção, instituído pelo art. 30 da Lei nº 10.833/03.

Indeferida a medida “initio litis”, sobreveio a r. sentença denegatória da ordem.

Irresignada, apela a impetrante sustentando, em síntese, que, por se enquadrar no conceito de serviços hospitalares, está sujeita ao recolhimento do IRPJ e da CSLL, pelas alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente, na forma dos arts. 15, § 1º, III, “e”, e 20 da Lei nº 9.249/95. Aduz, mais, que, por de tratar de prestadora de serviços de medicina, não deve sujeitar-se ao regime de retenção estabelecido pelo art. 30, da Lei nº 10.833/03. Pugna, a final, pela reforma do julgado.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, tendo a ilustre representante ministerial opinado pelo improvimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -
Relatora

VOTO

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

Tenho que é de ser dado provimento ao recurso.

A questão debatida consiste em verificar se a ora Apelante, ao prestar “atividades de laboratório de análises clínicas” (fls. 49/54), se enquadra no conceito de “serviços hospitalares” inserido no art. 15, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 9.249/95, que estabelece a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pelo regime do lucro presumido.

Dispõe o citado dispositivo legal:

“Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

.....

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares.”

Recentemente, decidiu a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça que “por serviços hospitalares compreendem-se aqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Deve-se, por certo, excluir do benefício simples prestações de serviços realizadas por profissionais liberais consubstanciadas em consultas médicas, já que essa atividade não se identifica com as atividades prestadas no âmbito hospitalar, mas, sim, nos consultórios médicos” (REsp 951251/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22.4.2009, DJe 3.6.2009).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO PRESUMIDO. CONTRIBUIÇÃO

SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 15, § 1º, III, 'A', E 20 DA LEI Nº 9.249/95. SERVIÇO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. FINALIDADE EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO. POSICIONAMENTO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO DA UNIÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-PROVIMENTO.

1. O art. 15, § 1º, III, 'a', da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa. Observação de que o Acórdão recorrido é anterior ao advento da Lei nº 11.727/2008.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a *mens legis*. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas, sim, a natureza do serviço, essencial à população por estar ligado à garantia do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resume à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele se utilizar para a obtenção de uma finalidade extrafiscal.

5. Deve-se entender como 'serviços hospitalares' aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes.
7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias.
8. Recurso especial não provido.”

A redução do tributo prestigiada pela norma sob comento volta-se à natureza mesma do serviço prestado, essencial à população, considerando-se que a Carta Política tem a saúde como direito fundamental, a teor do art. 6º.

Têm-se por excluídos do favor fiscal as simples consultas e atividades de cunho meramente administrativo.

No caso, trata-se de entidade que presta serviços de análises clínicas, enquadrando-se tais atividades no conceito de “serviços hospitalares”.

A propósito:

“TRIBUTÁRIO - IRPJ E CSLL - ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 15, § 1º, III, 'A', DA LEI Nº 9.249/95 - LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - NOVEL ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Concluiu a Primeira Seção que, 'por serviços hospitalares compreendem-se aqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Deve-se, por certo, excluir do benefício simples prestações de serviços realizadas por profissionais liberais consubstanciadas em consultas médicas, já que essa atividade não se identifica com as atividades prestadas no âmbito hospitalar, mas, sim, nos consultórios médicos.' (REsp 951251/PR, Rel. Min.

Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22.4.2009, DJe 3.6.2009). 2. Para fazer jus à concessão do benefício fiscal previsto nos artigos 15, § 1º, III, ‘a’ e 20 da Lei nº 9.249/95, é necessário que a prestação de serviços hospitalares seja realizada por contribuinte que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados da simples prestação de atendimento médico, e não apenas a capacidade de internação de pacientes. 3. Merece reforma o entendimento firmado pela Primeira Turma, para reconhecer a incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica de prestação de serviços laboratoriais de análises clínicas. Embargos de divergência providos.” (STJ - ERESP 956122 - PRIMEIRA SEÇÃO - rel. Min. HUMBERTO MARTINS - p. 01/10/2009)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ART. 15, § 1º, III, ‘A’ DA LEI Nº 9.249/95. RADIOLOGIA, ULTRA-SONOGRAFIA E DIAGNÓSTICO DE IMAGENS. INCLUSÃO NO CONCEITO DE SERVIÇO HOSPITALAR. PRECEDENTE DA EG. PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Acórdão proferido antes do advento das alterações introduzidas pela Lei nº 11.727, de 2008. O art. 15, § 1º, III, ‘a’, da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a *mens legis*. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas a natureza do serviço, essencial à população por estar ligado à garantia

do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resume à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele se utilizar para a obtenção de uma finalidade extrafiscal.

5. Deve-se entender como ‘serviços hospitalares’ aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos. Precedente da eg. Primeira Seção.

6. No caso, trata-se de entidade que presta serviços médicos de oftalmologia, inclusive serviços ambulatoriais, de clínica, cirúrgicos e de diagnósticos, de emergência ou não. Não se está diante de simples consulta médica, mas de atividade que se insere, indubitavelmente, no conceito de ‘serviços hospitalares’, já que demanda maquinário específico, geralmente adquirido por hospitais ou clínicas de grande porte.

7. A redução da base de cálculo somente deve favorecer a atividade tipicamente hospitalar desempenhada pela recorrente excluídas as simples consultas e atividades de cunho administrativo.

8. Recurso especial provido em parte.”

(STJ - RESP 1081441/PR - SEGUNDA TURMA - rel. Min. CASTRO MEIRA - j. 04/08/2009 - p. 31/08/2009)

“TRIBUTÁRIO - IRPJ E CSLL - ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 15, § 1º, III, A, DA LEI Nº 9.249/95 - CLÍNICA DE DIAGNÓSTICO MÉDICO POR IMAGEM - PRESTAÇÃO

DE SERVIÇOS HOSPITALARES - NOVEL ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Concluiu a Primeira Seção que, ‘por serviços hospitalares compreendem-se aqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Deve-se, por certo, excluir do benefício simples prestações de serviços realizadas por profissionais liberais consubstanciadas em consultas médicas, já que essa atividade não se identifica com as atividades prestadas no âmbito hospitalar, mas, sim, nos consultórios médicos.’

(REsp 951251/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 22.4.2009, DJe 3.6.2009).

2. Para fazer jus à concessão do benefício fiscal previsto nos artigos 15, § 1º, III, ‘a’ e 20 da Lei nº 9.249/95, é necessário que a prestação de serviços hospitalares seja realizada por contribuinte que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados da simples prestação de atendimento médico, e não apenas a capacidade de internação de pacientes.

3. Merece reforma o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, para reconhecer a incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela prestação de serviços de diagnóstico médico por imagem. Recurso especial provido.”

(STJ - RESP 1082101/RS - SEGUNDA TURMA - rel. Min. HUMBERTO MARTINS - j. 23/06/2009 - p. 01/07/2009)

Relativamente à sistemática de retenção, pela empresa tomadora de serviços, da contribuição social, nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03:

“Art. 30. Os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela prestação

de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais, estão sujeitos a retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se inclusive aos pagamentos efetuados por:

- associações, inclusive entidades sindicais, federações, confederações, centrais sindicais e serviços sociais autônomos;

II - sociedades simples, inclusive sociedades cooperativas;

III - fundações de direito privado; ou

IV - condomínios edilícios.

§ 2º Não estão obrigadas a efetuar a retenção a que se refere o *caput* as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES.

§ 3º As retenções de que trata o *caput* serão efetuadas sem prejuízo da retenção do imposto de renda na fonte das pessoas jurídicas sujeitas a alíquotas específicas previstas na legislação do imposto de renda”.

Referida lei dispôs sobre técnica de arrecadação, não padecendo de vício de qualquer espécie. Configura hipótese de substituição tributária, prevista tanto no § 7º do art. 150 da CF, como no art. 128 do CTN, “*verbis*”:

“Art. 150, § 7º, CF: A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

“Art. 128, CTN: Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

Responsável tributário é aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, a respectiva obrigação decorre de expressa disposição legal.

Comentando aquele dispositivo, oportuno o magistério de Sacha Calmon:

“De um lado asseguram-se ao Fisco, ao Estado, condições de eficácia e funcionalidade. De outro, garante-se ao cidadão contribuinte o direito de ressarcimento, de modo a evitar desfalque em seu patrimônio econômico e jurídico. O art. 128 é uma restrição ao poder de tributar. O destinatário da regra é o legislador. O intento é proteger o contribuinte sem estorvar, contudo, a ação do Estado. O legislador, assim, não é livre na estatuição dos casos de responsabilidade tributária. Nessa área não se permite alvedrio, que poderia redundar em arbítrio e opressão.

A ‘capacidade contributiva’ que deve ser atingida é a da pessoa que pratica o fato gerador, e não a do ‘substituto’. Aqui está o coração do problema.

Ruy Barbosa Nogueira, reportando-se ao termo *Zurechnung* utilizado por Hensel (e pela literatura tributária tedesca) e traduzindo-o para o vernáculo pela palavra atributividade, leciona com propriedade:

‘Se pensarmos no aspecto econômico da tributação, é fácil compreendermos a razão ou necessidade desta vinculação do contribuinte ou responsável ao fato econômico tributado, não só porque a vantagem ou resultado dele decorrente é que vai possibilitar o pagamento do tributo ao

fisco, mais ainda porque assim a lei atenderá ao princípio fundamental de justiça tributária, segundo o qual se deve atingir a capacidade econômica do contribuinte - capacidade contributiva”.

E, mais, Alfredo Augusto Becker, ensina:

“Existe substituto legal tributário toda vez em que o legislador escolher para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é o fato-signo presuntivo.”

Posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça sobre hipótese de retenção pelo responsável tributário:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. OPÇÃO PELO ‘SIMPLES’. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A Lei nº 9.711, de 20/11/1999, que alterou o art. 31, da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa

contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Quanto ao ‘desvirtuamento’ da Lei nº 9.317/96, há que se considerar que o fato de ser a empresa beneficiária do SIMPLES, altera o efeito que a referida Lei passou a produzir acerca da contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social incidente sobre a folha de salários. O SIMPLES não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja a simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22, da Lei nº 8.212/91.

7. Recurso provido”.

(STJ - RESP 421886/RJ - PRIMEIRA TURMA - Rel. Min. JOSÉ DELGADO - j. 14/05/2002 - p. 10/06/2002).

Sem discrepância desse entendimento, trago à colação, julgados de nossas Cortes Regionais:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. DESCABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVOS À PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. LC Nº 70/91. DECRETO-LEI Nº 2.397/87. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. LEIS NºS 9.430/96 E 10.833/03. CONSTITUCIONALIDADE. (...)

2. O artigo 6º, inciso II, da LC nº 70/91, foi validamente revogado pelo artigo 56 da Lei nº 9.430/96, pois a previsão de isenção em lei complementar, quando exigível era, na espécie, apenas a lei ordinária, embora não acarrete o vício originário de inconstitucionalidade formal - ao contrário do que ocorreria se disciplinada por lei ordinária matéria sob a reserva constitucional de lei complementar -, sujeita o benefício, assim concedido, à possibilidade de plena revogação por lei ordinária superveniente, no âmbito de aplicação do princípio - *lex posterior revogat priori*.

3. No que concerne à retenção na fonte prevista no artigo 30 da Lei nº 10.833/03, o recurso não impugnou o regime tributário, em si, mas como conseqüência da inexigibilidade da tributação, em face da sua condição de sociedade civil, o que, como demonstrado, não revela plausibilidade jurídica.

4. Precedentes”.

(TRF - 3ª Região, AG nº 215.615/SP, Processo nº 2004.03.00.048166-2, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 17.11.2004, DJU 12.01.2005, p. 481).

“AGRAVO. TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI Nº 9.430/96. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/03 E LEI Nº 10.833/03. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...)

2. Uma vez concluído que a Lei Complementar nº 70/91 é apenas formalmente complementar, passível de revogação por Lei ordinária.

3. A Lei nº 9.430/96, art. 56, não ofende o princípio da hierarquia das leis ao revogar a isenção das sociedades civis prevista no inciso II, art. 6º, da Lei Complementar nº 70/91. Isenção - matéria afeta a Lei Ordinária (artigo 178 do CTN). Princípio da Solidariedade Social (artigo 195, 'caput' da Constituição Federal). Súmula 276 do STJ. Não aplicação ao caso concreto, lembrando que não é consagrado em nosso ordenamento jurídico súmula vinculante.
4. O artigo 30, da Lei 10.833/03 não viola o artigo 246 da Constituição Federal. A medida provisória nº 135/03 e a Lei nº 10.833/03 não tratam da base de cálculo da COFINS, logo não há de se falar que tenham disciplinado o artigo 195, inciso I, alínea 'b' da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98.
5. Ao se concluir que as prestadoras de serviços de profissão regulamentadas devem recolher a COFINS (art. 56, da Lei nº 9.430/96) totalmente legítimo o regime de retenção da exação preconizado pelo artigo 30 da Lei nº 10.833/03.
6. Agravo de instrumento improvido".
(TRF - 3ª Região, AG nº 200.186/SP, Processo nº 2004.03.00.008688-8, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, j. 08.09.2004, DJU 24.09.2004, p. 505)

Isto posto, dou parcial provimento à apelação.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO -

Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000435-64.2005.4.03.6115
(2005.61.15.000435-6)

Apelante: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP
Apelada: LUIZ ALFREDO DA MATTA E CIA. LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: ApelReex 1331642
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/09/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMPRESA ATACADISTA DE PESCADOS E FRUTOS DO MAR. REGISTRO. DESOBRIGATORIEDADE.

1. Os documentos acostados aos autos demonstram que a atividade comercial praticada pela parte autora concerne ao comércio atacadista de pescados e frutos do mar.
2. Desobrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária, pois tal cadastro e a exigência de multa ante a sua ausência são cabíveis apenas se a atividade básica ou aquela pela qual prestem serviços a terceiros, decorrer do exercício profissional de médico-veterinário, nos termos do artigo 1º da Lei nº 6.839/1980.
3. A Lei nº 5.517/1968, nos artigos 5º e 6º, ao elencar as atividades que devem ser exercidas por médico veterinário, não prevê no rol de exclusividade o comércio atacadista de pescados e frutos do mar.
4. Remessa oficial e apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à

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

São Paulo, 26 de agosto de 2010.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se de remessa oficial e apelação interpostas em razão de sentença que julgou procedente ação ordinária movida em face do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, para fim de determinar que este se abstenha de exigir o registro, bem como a cobrança de taxas e anuidades em razão da atividade exercida pela parte autora, anulando-se as autuações e penalidades aplicadas, que tenham como fundamento a falta ou necessidade de registro. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A r. sentença concluiu: “De acordo com o contrato social da empresa denominada Luiz Alfreco da Matta & Cia. Ltda. de fls. 14/17, o objeto social da autora é o seguinte: ‘*Comércio Atacadista de Pescados*’. Consta, ainda, do Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, que a autora tem como atividade econômica principal o ‘*Comércio atacadista de pescados e frutos do mar*’. (...) Entendo, porém, que o simples fato de explorar a atividade de comércio atacadista de pescados e frutos do mar não sujeita a empresa à inscrição no Conselho Regional de Medicina Veterinária - CRMV. (...) Logo, como as empresas que comercializam pescados e frutos do mar não são obrigadas a se inscrever no CRMV, constata-se que também é indevida a cobrança de qualquer taxa ou anuidade por parte do Conselho contra essas empresas, desde que a cobrança tenha como fundamento a falta ou necessidade de registro.” (*sic*).

Em apelação o Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo requer a reforma da r. sentença, alegando, em síntese, a obrigatoriedade de registro da empresa, bem

como a contratação e manutenção de médico-veterinário como responsável técnico, nos termos da Lei nº 5.517/1968, e Decretos nº 64.704/1969.

Regularmente processado o feito, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

O julgamento merece ser mantido.

A apelada - LUIZ ALFREDO DA MATTA E CIA. LTDA. - declara na peça inicial desenvolver atividade comercial na área econômica do comércio atacadista de pescados e frutos do mar, através de venda direta ao consumidor de peixes e frutos do mar abatidos, constituindo-se, pois, em um açougue de peixes. Dos documentos juntados aos autos, também consta o comércio atacadista de pescados e frutos do mar.

Assim, resta evidente a desnecessidade do registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária, pois tal cadastro e a exigência de multa decorrente de sua ausência apenas podem decorrer da atividade básica ou daquela pela qual preste serviços a terceiros, nos termos do artigo 1º da Lei nº 6.839/1980, *in verbis*:

“O registro da empresa e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, dela encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão de atividade básica, ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

Além disso, a Lei nº 5.517/1968, nos artigos 5º e 6º, ao enumerar as atividades que devem ser exercidas por médico

veterinário, não prevê a atividade concernente ao comércio de pescados e frutos do mar, tendo em vista que apenas os revendem.

Saliento, por oportuno, que a alínea “f” do artigo 5º, da Lei nº 5.517/1968, impõe ao médico veterinário, quando possível, a inspeção e a fiscalização sob o ponto de vista sanitário, higiênico e tecnológico, de todos os produtos de origem animal nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização, ressaltando, contudo, inexistir obrigatoriedade nos referidos dispositivos, *in verbis*:

“Art. 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares:

f) a inspeção e a fiscalização sob o ponto-de-vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado, fábricas de laticínios, entrepostos de carne, leite, peixe, ovos, mel, cêra e demais derivados da indústria pecuária e, de um modo geral, quando possível, de todos os produtos de origem animal, nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização”.

Por fim, nos termos de precedente desta Terceira Turma, “O fato de se sujeitar à inspeção sanitária não presta como justificante à exigência de inscrição no Conselho Regional de Medicina Veterinária, ou mesmo de manutenção de responsável técnico” - AMS/SP, Processo nº 2000.61.00.046516-2, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 31.10.2007, v. u.

Portanto, como a atuação da autora não é privativa de veterinários, indevida sua vinculação ao Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Sobre o tema, julgado desta Terceira Turma:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRMV. REGISTRO

E ANUIDADES. ARTIGO 27 DA LEI Nº 5.517/68, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 5.634/70. EMPRESA CUJO OBJETO SOCIAL É A CAPTURA, COMERCIALIZAÇÃO DE PESCADOS ‘IN NATURA’, COMERCIALIZAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, CONGELAMENTO E EXPORTAÇÃO DE PESCADOS INDUSTRIALIZADOS.

1 - A Lei nº 6.839/80, em seu artigo 1º, obriga ao registro apenas as empresas e os profissionais habilitados que exerçam a atividade básica, ou prestem serviços a terceiros, na área específica de atuação, fiscalização e controle do respectivo conselho profissional.

2 - Caso em que o objeto social da empresa não se enquadra em qualquer das hipóteses que, legalmente, exigem o registro, perante o CRMV, para efeito de fiscalização profissional, daí porque ser indevido o pagamento de anuidades: procedência dos embargos à execução fiscal.

3 - Precedentes.”

(TRF3, Terceira Turma, AC 95.03.002442-0, Relator Carlos Muta, j. 08/05/2002, DJU 17/07/2002, página 303)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0010645-25.2005.4.03.6100
(2005.61.00.010645-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: HITACHI AR CONDICIONADO DO BRASIL LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN
Classe do Processo: ApelReex 1210632
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/09/2010

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. ISENÇÃO. OPERAÇÕES COM A ZONA FRANCA DE MANAUS. POSSIBILIDADE. AMAZÔNIA OCIDENTAL E ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO. INVIABILIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A destinação de mercadorias para a Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, para efeitos fiscais, segundo interpretação do Decreto-lei 288/67 e art. 40 do ADCT, donde se reconhecer o recolhimento a maior do PIS e da COFINS que incidiram sobre as receitas de exportação decorrentes destas operações. Pela mesma razão é de se reconhecer o crédito presumido de IPI para ressarcimento do PIS/COFINS, de que trata o art. 1º, da Lei nº 9.363/96. Precedentes do C. STJ e das Cortes Regionais.

2. O mesmo não ocorre em relação às vendas realizadas à Amazônia Ocidental e Área de Livre Comércio, tendo em vista que o Pretório Excelso limitou-se a suspender a eficácia da expressão “Zona Franca de Manaus” contida no artigo 32 da Medida Provisória nº 2.037-24/2000.

3. E embora o art. 1º, do Decreto-Lei nº 356/68 tenha entendido os mesmos benefícios fiscais concedidos à Zona

Franca de Manaus à venda de mercadorias para a Amazônia Ocidental, tais incentivos não foram assegurados constitucionalmente, não sendo intenção do legislador constitucional a permanência dos mesmos, tendo em vista que determinou a manutenção, no art. 40, do ADCT, tão-somente para a Zona Franca de Manaus.

4. Pacificada a jurisprudência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Regionais firme no sentido de que os recolhimentos a maior de PIS/COFINS estão sujeitos à restituição na forma do art. 168 do CTN.

5. Firmada a jurisprudência da Turma no sentido de que a contagem do prazo do artigo 168 do CTN ocorre em relação e a partir de cada recolhimento, a maior ou indevido efetuado pelo contribuinte, devendo a ação, que vise à plena restituição do indébito fiscal, ser proposta nos cinco anos subseqüentes.

6. Considerando a data da propositura da ação, 07.06.2005, parcialmente prescrito o direito da autoria à restituição pretendida.

7. Considerando o período do indébito fiscal, deve ser acrescido ao principal, a título de correção monetária e juros de mora, a variação da Taxa SELIC, desde cada recolhimento indevido, em consonância com o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

8. No regime das Leis nº 8.383/91 e nº 9.250/95, a compensação era possível apenas entre indébito e débito fiscal vincendo da mesma espécie e destinação constitucional (v. g. - FINSOCIAL com COFINS; e PIS com PIS); ao passo que com a Lei nº 9.430/96, em sua redação originária, foi prevista a possibilidade de compensação de indébito com débito fiscal de diferente espécie e destinação, por meio de requerimento administrativo e com autorização do Fisco, vedada a consecução do procedimento, sem tais formalidades, por iniciativa unilateral do contribuinte: a compensação fiscal somente é possível em virtude de lei e sob as condições e garantias nela estipuladas (artigo 170,

CTN), constituindo devido processo legal, indisponível segundo o interesse das partes. As Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 vieram a alterar o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a supressão da exigência de requerimento e de autorização, para compensação de indébito com qualquer débito fiscal do próprio contribuinte e administrado pela Secretaria da Receita Federal: regime legal que pode ser aplicado no caso, já que vigente à época da propositura desta ação.

9. Adesivo da autoria a que se nega provimento. Remessa oficial e apelo da União a que se dá parcial provimento, para fixar o prazo prescricional quinquenal do art. 168 do CTN, reformando a r. sentença, nos termos supracitados.

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 adesivo da autoria e dar parcial provimento à remessa oficial e ao apelo da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de setembro de 2010.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelo da União, recurso adesivo da autoria e remessa oficial em ação ordinária ajuizada visando obter declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue ao recolhimento do PIS e da COFINS incidentes sobre as operações com empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental ou áreas consideradas de Livre Comércio, por força de isenção.

Aduz que, nos termos do art. 40 do ADCT, o Decreto-lei

nº 288/67 teve seus efeitos estendidos até 2013, de sorte que as remessas de mercadoria de origem nacional para o consumo ou industrialização na ZFM qualificam-se, para fins fiscais, como exportação, donde que as isenções ou exclusões de receitas de exportação de mercadorias e serviços na legislação do PIS/COFINS abrangeriam tais operações. Bem por isso a Medida Provisória nº 1.858-6 e reedições não poderiam determinar a inclusão das receitas de exportação nas bases de cálculo das referidas contribuições sociais, quando provenientes de vendas para a Zona Franca de Manaus. Sustenta que concedida liminar favorável ao contribuinte na ADI nº 2.348-9, em 07.12.2000. E ainda, que o Decreto-lei nº 356/68 estendeu os benefícios instituídos à ZFM aos Estados que compõem a Amazônia Ocidental.

Pleiteia a declaração do direito à compensação das contribuições assim recolhidas a maior, ante a falta de exclusão das receitas de exportação decorrentes de operações da espécie na base de cálculo do PIS/COFINS, relativamente aos últimos dez anos anteriores à propositura da ação, com atualização monetária plena e juros pela taxa SELIC, com débitos vincendos de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, na forma das Leis nºs 8.383/91 e 9.430/96, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação, para declarar o direito à compensação de valores pagos a título de PIS e COFINS que tenham incidido sobre as receitas oriundas de operações de exportação destinadas tão somente à Zona Franca de Manaus, nos termos do art. 4º, do Decreto-lei nº 288/67 e art. 40 do ADCT. Reconheceu o período prescricional decenal, afastando a aplicabilidade da LC nº 118/2005, na esteira do entendimento do C. STJ. Atualização monetária nos termos do Provimento COGE 64/05 e juros de 1% do CTN até 01.06.1996 e a partir daí pela SELIC. Sucumbência recíproca. Determinada a remessa necessária.

Apelou a União, requerendo a reforma do julgado, traçando considerações acerca da natureza jurídica dos incentivos fiscais à Zona Franca de Manaus, que visa basicamente o desenvolvimento

desta região, não se justificando desobrigar o empresariado que negocia com a mesma de contribuir para a seguridade social. Traz, ainda, um levantamento histórico das disposições legais de regência do PIS e da COFINS relativamente às vendas realizadas à ZFM, salientando que nunca houve previsão expressa de isenção para o caso, mas sim de isenções de receitas provenientes de vendas para o exterior. Somente com o advento da Lei nº 10.996/2004 houve redução a zero a alíquota do PIS e da COFINS para as vendas efetuadas à ZFM por pessoa jurídica sediada fora dela, sendo aplicável a fatos posteriores à sua edição. Defende que o prazo para a restituição ou compensação é de cinco anos, consoante art. 168 do CTN e Decreto nº 20.910/32, sendo incabíveis juros de mora ou, mesmo que devidos, sejam contados do trânsito em julgado, lembrando que a taxa SELIC já traz embutida também a correção monetária.

Recorreu adesivamente a autoria, quanto à inviabilidade de extensão dos benefícios em causa às áreas de Livre Comércio e à Amazônia Ocidental, posto que autorizada pelo Decreto-lei nº 356/68.

Os autos subiram a esta Corte com contrarrazões.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Cuida-se de apelo da União, recurso adesivo da autoria e remessa oficial em face de sentença que julgou parcialmente procedente ação ordinária visando declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue ao recolhimento do PIS e da COFINS incidentes sobre as operações com empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental ou áreas consideradas de Livre Comércio, por força de isenção.

A matéria já foi suficientemente enfrentada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, dispensando maiores digressões. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CTN SOBRE AS DO DECRETO-LEI 20.910/32. PIS E COFINS. PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS. ISENÇÃO.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. ‘Na hipótese de repetição de indébito tributário tem aplicabilidade, quanto à prescrição, as regras do CTN, que é norma especial com relação aos preceitos do Decreto 20.910/32’ (REsp 737294/RJ, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 27.06.2005).

3. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

4. *Nos termos do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da Constituição de 1988, a Zona Franca de Manaus ficou mantida ‘com suas características de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, por vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição’. Ora, entre as ‘características’ que tipificam a Zona Franca destaca-se esta de que trata o art. 4º do Decreto-lei 288/67, segundo o qual ‘a exportação de mercadorias de origem nacional*

para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro'. Portanto, durante o período previsto no art. 40 do ADCT e enquanto não alterado ou revogado o art. 4º do DL 288/67, há de se considerar que, conceitualmente, as exportações para a Zona Franca de Manaus são, para efeitos fiscais, exportações para o exterior. Logo, a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes: REsp. 652355/SC, 1ªT., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.11.2007; REsp 653975/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 16.02.2007.

5. Recurso especial a que se nega provimento.” (RESP - RECURSO ESPECIAL - 698356 - Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI - DJ DATA: 03/03/2008 PÁGINA: 1) (grifamos)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ZONA FRANCA DE MANAUS - PRESCRIÇÃO - REMESSA DE MERCADORIAS EQUIPARADA À EXPORTAÇÃO - CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI - ISENÇÃO DO PIS E DA COFINS.

1. Descabe a esta Corte se pronunciar sobre violação de dispositivos constitucionais.

2. Deve ser afastada violação do art. 535 do CPC quando o recorrente não indica, com clareza e precisão, as teses sobre as quais o Tribunal de origem deixou de se pronunciar.

3. Aplicável a Súmula 282/STF quando não há prequestionamento das teses apresentadas no recurso especial.

4. A destinação de mercadorias para a Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, em termos de efeitos fiscais, segundo interpretação do Decreto-lei 288/67.

5. Direito da empresa ao crédito presumido do IPI, nos

termos do art. 1º da Lei 9.363/96, e à isenção relativa às contribuições do PIS e da COFINS.

6. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI MC 2348-9, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, havia suspenso a eficácia da expressão ‘na Zona Franca de Manaus’, contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP 2.037-24, de 23.11.2000, que revogara a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada pelo relator, com prejuízo da medida liminar deferida, porque não aditada a petição inicial após as sucessivas reedições da Medida Provisória 2.037/2000.

7. Entendimento do STJ inalterado em razão de ter sido excluída a expressão ‘na Zona Franca de Manaus’ do texto do art. 14, § 2º, inciso I, nas reedições da MP 2.037/2000, acompanhando-se o entendimento do STF no julgamento da liminar na ADI MC 2348-9.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.” (RESP - RECURSO ESPECIAL - 817777 - Rel. Ministra ELIANA CALMON - DJ DATA: 26/10/2006 PÁGINA: 284)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ISENÇÃO. PIS E COFINS. PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS E À AMAZÔNIA OCIDENTAL.

1. O Recurso Especial não é sede adequada ao exame de matéria de índole constitucional.

2. Inexistindo pleito de repetição/compensação mostra-se impertinente a alegação de prescrição para o ajuizamento da demanda.

3. O art. 4º do DL 288/67 e o art. 40 do ADCT ‘preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas

exportações ao estrangeiro'. Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: 'O conteúdo do art. 4º do Dec. lei 288/67, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.'

4. O art. 5º da Lei 7.714/88, com a redação dada pela Lei 9.004/95, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/91 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

5. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ: RESP 677.209/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 28.02.2005; RESP 223.405/MT, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 01.09.2003; RESP 144.785/PR, Relator Min. Paulo Medina, DJ de 16.12.2002.

6. Recurso Especial de Cia Industrial H. Carlos Schneider não conhecido. Recurso Especial da Fazenda Nacional desprovido." (RESP - RECURSO ESPECIAL - 710990 - Rel. Min. LUIZ FUX - DJ DATA: 28/04/2006 PÁGINA: 269)

Também assim têm entendido os Tribunais Regionais Federais. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ZONA FRANCA DE MANAUS. 1 - Nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67, as vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, são equiparadas àquelas destinadas à exportação.

2 - Através do deferimento de Medida Cautelar, na ADIn nº 2348-9, o Colendo STF suspendeu a eficácia da expressão ‘na Zona Franca de Manaus’, da MP nº 2.037/24/2000 que afastava a equiparação das mercadorias da Zona Franca àquelas destinadas à exportação.

3 - Restabelecida, portanto, a igualdade de tratamento entre as exportações externas e remessa de produtos de origem nacional para a região de Manaus, não há que se falar em incidência de PIS e CONFINS ante a isenção que se verifica na espécie.

4 - Agravo não provido.” (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200401000070605 - Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES - DJ DATA: 08/09/2006 PÁGINA: 83)

“TRIBUTÁRIO - CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - PIS/COFINS - ISENÇÃO - ART. 40 DO ADCT, E ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 288/67. EXTENDE-SE AOS PRODUTOS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS. PRECEDENTES STJ. 1. Os arts. 4º do DL 288/67 e 40 do ADCT preservam a Zona Franca de Manaus, enquanto área de livre comércio, o que se aplica às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região, cujos benefícios fiscais compreendem as exportações ao estrangeiro. Desse modo, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. 2. O art. 5º da Lei 7.714/88, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.004/95, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/91, autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS, respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

3. Equiparando-se os produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à COFINS e ao PIS é extensiva

à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ (RESP 223.405-MT, DJ de 01.09.2003, Relator Min. Humberto Gomes de Barros; RESP 144.785-PR, DJ de 16.12.2002, Relator Min. Paulo Medina).

4. Em sede de atualização do indébito, na correção monetária incidem os expurgos inflacionários, desde o recolhimento até dezembro/95 e, a partir de 1º.01.96, exclusivamente, a taxa Selic.

5. Quanto à aplicação do prazo prescricional previsto na Lei Complementar nº 118/2005, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou: ‘Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova’ (AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 170). 6. Apelação parcialmente provida.” (TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 62365 - Rel. Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES - DJU - Data: 28/04/2008 - Página: 163)

“IMUNIDADE. PIS E COFINS. RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÕES. ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC Nº 118/2005.

- O prazo prescricional só começa a fluir após a conclusão do procedimento administrativo de lançamento. E em se tratando de tributo sujeito a regime de lançamento por homologação, o marco inicial do prazo prescricional é a própria homologação, expressa ou tácita, quando efetivamente se tem por constituído o crédito tributário. Sendo

assim, enquanto não concretizada a homologação do lançamento pelo Fisco, ou ainda não decorrido o prazo de cinco anos a que se refere o parágrafo 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, não há falar em prescrição, só cogitável passados cinco anos da homologação.

- O disposto no artigo 3º da LC nº 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, já que não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo.

- O art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias recepcionou de forma expressa a legislação pertinente à Zona Franca de Manaus, legitimando os incentivos fiscais então vigentes.

- O inciso I do § 2º do art. 14 da Medida Provisória nº 2.037-24/00 (atual MP nº 2.158-35/01), que suprimiu o benefício, anteriormente conferido por lei, foi suspenso pelo STF - medida cautelar na ADIN nº 2348-9.

- A imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal da República, criada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, abarca as contribuições sociais que incidem sobre o faturamento ou receita (PIS/COFINS), decorrente de operação de exportação e deve ser estendida para as exportações destinadas à Zona Franca de Manaus.” (TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 200571080055463 - Rel. Des. Fed. VILSON DARÓS - DJ 30/08/2006 PÁGINA: 390)

Por fim, esta E. Corte caminha na mesma direção do entendimento acima preconizado, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ZONA FRANCA DE MANAUS - ARTIGO 40 DO ADCT - COMPENSAÇÃO - PIS - COFINS - DECRETO-LEI 288/67 - INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC - HONORÁRIOS.

- 1 - Deixo de conhecer as preliminares, bem como a segunda apelação da União, tendo em vista a preclusão consumativa.
- 2 - O Decreto-lei 288/67 objetivou que todos os benefícios fiscais instituídos para incentivar a exportação fossem aplicados à Zona Franca de Manaus, o que conclui-se que a destinação de mercadorias para essa região equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, em termos de efeitos fiscais.
- 3 - O artigo 40 do ADCT estipulou que, durante o período de vinte e cinco anos, há de se considerar que as exportações para a Zona Franca de Manaus são, para efeitos fiscais, exportações para o exterior.
- 4 - Todavia, a MP 1.858-6, de 29 de junho de 1999, substituída pela MP 2.037-24/2000, arrolou uma série de isenções em seu artigo 14, excluindo, contudo, em seu § 2º, I, a isenção do PIS e da COFINS previstas às exportações à Zona Franca de Manaus.
- 5 - O Governador do Estado do Amazonas ajuizou a ADI 2.348-9 contra a alteração efetuada pela MP 1.858-6. O STF suspendeu liminarmente a eficácia da expressão ‘na Zona Franca de Manaus’, constante do artigo 14, § 2º, inc. I, da MP 1.858-6, conferindo efeito *ex nunc*, a partir de 06 de dezembro de 2000.
- 6 - Pleiteia-se a compensação dos recolhimentos de PIS e COFINS realizados entre junho de 1999 a novembro de 2000 (DARF’s comprovadas nos autos).
- 7 - A compensação realizar-se-á com débitos vencidos e vincendos de todos os tributos administrados pela SRF, mesmo que os créditos utilizados para tanto sejam de recolhimentos anteriores ao advento das leis modificadoras do procedimento compensatório.
- 8 - Incidência da taxa SELIC, vedada sua cumulação com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária.
- 9 - Inobstante a hipótese de aplicação dos expurgos ser reconhecidamente admitida na jurisprudência, inaplicáveis

tais índices neste específico caso, tendo em vista que os recolhimentos sujeitos à compensação são posteriores àqueles previstos na Resolução 242/01 do CJF.

10 - No que diz respeito ao ônus da sucumbência, a União deverá arcar com custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme precedentes desta E. Turma.

11 - Não conheço da segunda apelação da União. Nego provimento à apelação da União Federal. Nego provimento ao apelo do Autor. Nego provimento à remessa oficial.” (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1174575 - Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO - DJU DATA: 17/09/2007 PÁGINA: 642)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS. VENDA DE MERCADORIAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS REFERIDAS CONTRIBUIÇÕES. ART. 40, DO ADCT. ART. 14, § 2º, I, DA MP Nº 1.858-6/99 E REEDIÇÕES POSTERIORES. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA. ADIN Nº 2.348-9. PRECEDENTE DO C. STJ. VENDA DE MERCADORIAS PARA EMPRESAS DA AMAZÔNIA OCIDENTAL E DAS ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO. EXCLUSÃO DO INCENTIVO FISCAL.

1. Rejeito a preliminar de falta de interesse processual superveniente em relação ao pedido de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS das receitas provenientes de venda de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, em razão da suspensão da eficácia da expressão ‘na Zona Franca de Manaus’ pelo C. Supremo Tribunal Federal e de sua exclusão do texto legislativo, uma vez que a decisão do STF, publicada em 07/12/00, possui efeitos *ex nunc*, não atingindo os recolhimentos ocorridos a partir de julho/99, conforme pedido da exordial e que a alteração do texto

legislativo somente ocorreu com a edição da MP nº 2.037-25, de 21 de dezembro de 2000.

2. Afasto a alegação de inadequação da via eleita, por ausência de liquidez e certeza do direito, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. A via mandamental se mostra necessária e útil (adequada) à impetrante, que visa impedir, por meio do presente *writ*, que o Fisco exija, na forma da lei em questão, o pagamento das contribuições em tela, bem como imponha penalidades, pelo não recolhimento da mesma na maneira determinada legalmente. Ademais, a impetrante juntou aos autos uma série de notas fiscais, a título exemplificativo, que comprovam a natureza da operação realizada, bem como o destinatário das mercadorias, o que possibilita concluir pela ocorrência de venda de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, para a Amazônia Ocidental e para áreas de livre comércio.

3. Inocorrência de decadência do direito, uma vez que se trata de mandado de segurança preventivo, sendo pacífica a jurisprudência no sentido de seu cabimento.

4. *O Decreto-Lei nº 288/67, que regulou a Zona Franca de Manaus, determinou em seu art. 4º que, havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus. Significa dizer que as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus.*

5. *O art. 40, do ADCT, com o objetivo de promover o desenvolvimento da região Amazônica e reduzir as desigualdades sociais e regionais, determinou a manutenção da Zona Franca de Manaus até o ano de 2.013.*

6. O incentivo fiscal destinado às exportações de mercadorias para o estrangeiro, em relação ao PIS e à COFINS, estende-se às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus.

7. O inc. I, do § 2º, do art. 14, da MP nº 1.858-6/99 foi objeto da ADIN nº 2.348-9/DF, na qual, em julgamento liminar, determinou-se a suspensão da expressão ‘na Zona Franca de Manaus’ do referido dispositivo. Posteriormente, a ação foi julgada prejudicada, uma vez que a referida medida provisória foi objeto de sucessivas reedições, sem que houvesse aditamento à inicial (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/02/05).

8. Precedentes do C. STJ acompanhando o entendimento proferido na liminar da ADIN 2.348-9/DF. A Zona Franca de Manaus ganhou status constitucional e, como tal, não estaria passível de alteração por norma infraconstitucional.

9. A expressão ‘Zona Franca de Manaus’ foi suprimida da redação do inc. I, do § 2º, da Medida Provisória nº 2.037-25, de 21 de dezembro de 2000, conservando-se apenas a expressão ‘empresa estabelecida na Amazônia Ocidental e em área de livre comércio’.

10. O art. 1º, do DL 356/68 estendeu os mesmos benefícios fiscais concedidos à Zona Franca de Manaus À venda de mercadorias para a Amazônia Ocidental. Porém tais incentivos não foram assegurados constitucionalmente, não sendo intenção do legislador constitucional a permanência dos mesmos, tendo em vista que determinou a manutenção, no art. 40, do ADCT, tão-somente da ZFM.

11. Quanto às áreas de livre comércio, criadas após o ano de 1989, válida a revogação do incentivo fiscal em questão, uma vez que art. 150, § 6º, da CF, determinou a necessidade de lei específica apenas para a concessão de isenção, subsídio, redução de base de cálculo, etc, e não para sua exclusão.

12. Matéria preliminar rejeitada. Apelações e remessa oficial improvidas.” (AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 249282 - Rel. Desa. Fed. CONSUELO YOSHIDA - DJU DATA: 25/06/2007 PÁGINA: 418) (grifamos e realçamos)

“TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. VENDAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. ISENÇÃO. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. LC 118/2005. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

1. Discute-se o direito à isenção do pagamento de PIS e COFINS sobre receitas oriundas de vendas para a Zona Franca de Manaus, bem como a compensação dos valores pagos indevidamente.

2. A disposição legal que equipara a venda feita à Zona Franca de Manaus à exportação foi expressamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 40 do ADCT.

3. O Decreto-Lei 288/67 em seu artigo 4º, equiparou as vendas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, para efeitos fiscais, à exportação de mercadorias para o exterior.

4. No que concerne a COFINS, a Lei Complementar nº 70/91, que a instituiu, previu expressamente que a contribuição não incidiria sobre as receitas decorrentes da venda de mercadorias e serviços para o exterior.

5. A Lei nº 7.714/88 previu, da mesma forma, a isenção ao PIS, sobre o valor da receita de exportação de produtos manufaturados nacionais.

6. Consoante entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de compensação extingue-se com o decurso de cinco anos contados da homologação, expressa ou tácita, do lançamento pelo Fisco.

7. Cumpre registrar, ainda, que no tocante a aplicação do artigo 3º da Lei Complementar 118/2005, o Colendo STJ, já se posicionou, firme no sentido de que tal dispositivo ‘só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência’ (RESP 742.743/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 06/06/2005 pág. 237).

8. Com efeito, os valores recolhidos indevidamente, poderão ser compensados por iniciativa do contribuinte,

consoante os critérios legais fixados para a hipótese, aplicando-se a lei vigente à época do procedimento, ficando a critério do Fisco a aferição da regularidade dessa conduta, conforme prescrevem os ordenamentos ditados para a hipótese, *in casu*, Lei 9.430/96 e alterações posteriores, promovidas pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, artigo 5, § 1º, inciso II e Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, artigo 6º, § 1º, inciso II.

9. Apelação provida.” (AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 288378 - Rel. JUIZA CONV. ELIANA MARCELO - DJF3 DATA: 25/06/2008)

De minha relatoria, no âmbito desta 3ª Turma: APELREEX 2001.61.00.024555-5, julgado em 11 de dezembro de 2008.

Tal o contexto, é de ser reconhecido o direito da autoria às isenções do PIS e da COFINS previstas na legislação em decorrência de operações de vendas de produtos à Zona Franca de Manaus, tendo em vista que equiparadas à exportação.

O mesmo não ocorre com aquelas realizadas à Amazônia Ocidental e Área de Livre Comércio, tendo em vista que o Pretório Excelso limitou-se a suspender a eficácia da expressão “Zona Franca de Manaus” contida no artigo 32 da Medida Provisória nº 2.037-24/2000.

E embora o art. 1º, do Decreto-Lei nº 356/68 tenha estendido os mesmo benefícios fiscais concedidos à Zona Franca de Manaus à venda de mercadorias para a Amazônia Ocidental, tais incentivos não foram assegurados constitucionalmente, não sendo intenção do legislador constitucional a permanência dos mesmos, tendo em vista que determinou a manutenção, no art. 40, do ADCT, tão-somente da Zona Franca de Manaus.

Verifica-se que pretende a autora a compensação dos recolhimentos indevidamente efetivados no decêndio que antecedeu a distribuição da ação, 07.06.2005, donde que parte dos pleiteados créditos já se encontravam abarcados pelo lapso temporal superior a cinco anos, aplicável à espécie.

Com efeito, diante dos termos assentado no artigo 168 e

inciso I do C. T. N., tal fato implica na caducidade do direito pleiteado, já que exercido após o transcurso de cinco anos contados da extinção do crédito tributário, posto que as contribuições aos PIS e COFINS têm natureza tributária sendo, pois, disciplinadas pelas normas do Código Tributário Nacional.

No caso, o recolhimento efetivado caracteriza-se como modalidade de lançamento sujeito à posterior homologação da autoridade tributária competente (art. 150 disp. cit.) e extingue o crédito tributário sob condição resolutória daquela ulterior verificação (§ 1º disp. cit.), a ser promovida no prazo de cinco anos contados a partir do fato gerador, se outro não for o prazo fixado em lei (§ 4º disp. cit.).

Expirado o lapso em comento, sem que a Fazenda se manifeste, considerar-se-á homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

Comentando o tema, a unanimidade da doutrina nacional entende que em face da extinção do crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação, o transcurso do lapso fixado para esta providência conduziria ao mesmo efeito decorrente da efetiva homologação, ou seja, atuaria em caráter retrooperante, de modo a que o crédito tributário quedaria extinto desde a data do recolhimento. Neste sentido, Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileira*, 10ª edição, 1995, *in verbis*:

“Pelo art. 150, o pagamento é aceito antecipadamente, fazendo-se o lançamento *a posteriori*: - a autoridade homologa-o, se exato, ou faz o lançamento suplementar, para haver a diferença acaso verificada a favor do Erário.

É o que se torna mais nítido no § 1º desse dispositivo, que imprime ao pagamento antecipado o efeito de extinção do crédito, sob condição resolutória de ulterior homologação.
..... *omissis*

Se esgotar-se o prazo, há decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado.”

Sob tal prisma de análise, o prazo a que se refere o artigo 168 do Código Tributário Nacional deve ser interpretado no sentido de que o contribuinte pode postular a restituição do tributo desde o momento em que efetuado o pagamento antecipado até o decurso do prazo de cinco anos, tendo relevância, para tal efeito, a data da propositura da ação, que fixa o termo para a contagem retroativa do quinquênio.

Tal solução foi apenas confirmada pela LC nº 118/05, a comprovar que o prazo de prescrição é mesmo quinquenal.

Ademais, a jurisprudência desta 3ª Turma é no sentido de que somente comporta ressarcimento o recolhimento efetuado dentro do quinquênio que imediatamente antecede à propositura da ação: AMS nº 96.03.093930-7, Relatora Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 08.12.99; e AC nº 1999.03.99.016138-3, Relator Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJU de 12.07.2000.

Assim, aqueles valores recolhidos no período anterior a cinco anos anteriores a 07.06.2005 não mais comportam compensação.

Fixada a existência de indébito fiscal, com base nas parcelas recolhidas a maior devido a inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de receitas isentas na forma ora reconhecida, até o limite de cinco anos retroativamente contados da data da propositura da ação, cabível a restituição ou a compensação.

Não obstante, ficam desde já fixados os critérios de compensação a serem adotados.

Assim, a Lei nº 8.383/91, primeira a disciplinar o benefício do artigo 170 do CTN, previu que a “compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da *mesma espécie*”, “correspondente a *períodos subseqüentes*” (artigo 66, § 1º, e *caput*); sendo que na interpretação do conceito de “mesma espécie”, a jurisprudência rejeitou as teses radicais do Fisco (códigos de receita), e dos contribuintes (impostos com impostos, e contribuições com contribuições), definindo como legítima, à luz de tal critério, a compensação, entre tributos de idêntica natureza jurídica, determinada esta “pelo fato gerador da respectiva obrigação” (artigo 4º, CTN).

Com a Lei nº 9.069/95 foi alterado o artigo 66 da Lei nº

8.383/91, sendo então permitida a compensação inclusive de receitas patrimoniais, além de tributos e contribuições, mantido o parâmetro baseado nas parcelas *vincendas da mesma espécie*, exigência que foi expressamente reiterada pelo artigo 39 da Lei nº 9.250/95, que ainda instituiu o requisito da “*mesma destinação constitucional*”, produzindo efeitos imediatos quanto a indébitos como os derivados do recolhimento da *contribuição ao PIS* (Decretos-lei nºs 2.445 e 2.449/88), cujos recursos foram vinculados, constitucionalmente, a programas sociais específicos (artigo 239), impedindo a sua compensação com quaisquer outros tributos e mesmo contribuições (v. g. - AgRg no RESP nº 348.131, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJU de 16.09.02, p. 149; AgRg na MC nº 5.705, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 17.03.03, p. 178; RESP nº 258.646, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 23.09.02, p. 305; e EIAC nº 1999.03.99.008924-6, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 15.01.04).

Em relação ao indébito de *FINSOCIAL*, a jurisprudência assentou ser possível a sua compensação apenas com o próprio *FINSOCIAL* e a *COFINS*, e não com a *CSL* ou a *contribuição ao PIS* (v. g. - RESP nº 297.920, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 31.03.03, p. 191; RESP nº 329.379, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 27.05.02, p. 129; e EDRESP nº 378.771, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 29.04.02, p. 181).

A Lei nº 9.430/96 alterou o regime de compensação, especificamente na esfera administrativa sob condições próprias, como revela a referência expressa do seu artigo 73 ao artigo 7º do Decreto nº 2.287/86 e, no mesmo sentido, do seu artigo 74 ao requisito do “requerimento do contribuinte” e à faculdade do Fisco de “autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

Não se promoveu, por meio da Lei nº 9.430/96, a revogação do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e do artigo 39 da Lei nº 9.250/95, sendo instituído, pelo contrário, um regime dual e autônomo de compensação, sujeito cada qual a requisitos e procedimentos distintos, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

no AGRESP nº 144.250, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU de 13.10.97, p. 51.569, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE OS REGIMES DA LEI Nº 8.383, DE 1991 E DA LEI Nº 9.430, DE 1996. No regime da Lei nº 8.383, de 1991 (art. 66), a compensação só podia se dar entre tributos da mesma espécie, mas independe, nos tributos lançados por homologação, de pedido a autoridade administrativa. Já no regime da Lei nº 9.430, de 1996 (art. 74), mediante requerimento do contribuinte, a Secretaria da Receita Federal está autorizada a compensar os créditos a ela oponíveis ‘para a quitação de quaisquer tributos ou contribuições sob sua administração’ (Lei nº 9.430, de 1996). Quer dizer, a matéria foi alterada tanto em relação a abrangência da compensação quanto em relação ao respectivo procedimento, não sendo possível combinar os dois regimes, como seja, autorizar a compensação de quaisquer tributos ou contribuições independentemente de requerimento a Fazenda Pública. Agravo regimental improvido.”

Esta Turma, em acórdãos de relatoria do Desembargador Federal Carlos Muta, rejeitou a possibilidade de invocação dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96 para legitimar a compensação de indébito fiscal com quaisquer tributos, na esfera do procedimento próprio das Leis nº 8.383/91 e nº 9.250/95, jungido ao princípio da *mesma espécie e destinação constitucional*.

A compensação com tributos de qualquer espécie, na forma dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, na sua redação originária, juntamente com as Instruções Normativas nº 21/97 e nº 73/97, seria possível apenas na via administrativa, através de requerimento do contribuinte e autorização do Fisco, o que conduziu a Turma a firmar precedentes, no sentido da falta de interesse processual na ação de compensação.

Todavia, a possibilidade de requerimento administrativo não inibe a propositura de ação judicial, para discussão, inclusive

da validade de tal exigência, como ainda de outras disposições aplicadas na disciplina de aspectos relevantes da compensação (prescrição, correção monetária etc.).

Neste sentido, afirma-se que o exame do mérito é de rigor e, na resolução da causa, cumpre reiterar a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no AGRESP nº 144.250, Rel. Min. ARI PARGENDLER, firme no sentido de que a compensação, pretendida de forma ampla, abrangendo todo e qualquer débito fiscal, ainda que de diferente espécie e destinação constitucional, em face do indébito fiscal considerado, somente é possível na via administrativa, observado o devido processo legal, como instituído pela lei (nº 9.430/96), e pelo respectivo decreto regulamentar (nº 2.138/97).

Cabe observar, a propósito, que a compensação fiscal não existe senão que em virtude da lei e nos termos nela fixados, como inequivocamente prescreve o artigo 170 do CTN, de sorte que não se admite pretensão com vistas a convolar em judicial a compensação legalmente prevista como administrativa, sujeita a requerimento, procedimento e decisão administrativa, como expressão e conteúdo do devido processo legal.

Em conformidade com a interpretação doutrinária e com o mandamento legal expresso, as duas turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça decidiram, *verbis* (g. n.):

- RESP nº 262.892, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, DJU de 01.03.04, p. 150: “TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS - SEMESTRALIDADE - BASE DE CÁLCULO - FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR AO DA OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL - ART. 6º, § ÚNICO, DA LC Nº 07/70 - CORREÇÃO MONETÁRIA - NÃO-INCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - COFINS - IMPOSSIBILIDADE - LEI 9.430, DE 27.12.1996, ART. 74 - PRECEDENTES DA EG. 1ª SEÇÃO E DA 2ª TURMA DO STJ. - (...) - *Os valores recolhidos a título de contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela LC nº 07/1970, alterada pelos Decretos-leis 2.445 e*

2.449, ambos de 1988, são compensáveis apenas com aqueles devidos a título do próprio PIS; não com aqueles devidos a título de COFINS, CSSL, Imposto de Renda, Contribuição do Empregador sobre a Folha de Salários ou Finsocial. - Sob a égide da Lei nº 9.430/96, art. 74, só é possível a compensação de tributos de espécie e destinação diferentes (PIS X COFINS), mediante requerimento administrativo do contribuinte à Receita Federal. - Inteligência do art. 74 da Lei 9.430, de 27.12.1996. - Recursos conhecidos e providos.”

- RESP nº 535.588, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 10.11.03, p. 167: “TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. TRIBUTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. LEI 9.430/96. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO À SECRETARIA DE RECEITA FEDERAL. I - A Lei 9.430/96 prevê, em seu art. 74, alterado pela Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, a possibilidade de compensação entre si de tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do fato de serem de espécies diferentes ou de destinação constitucional diversa. II - *Tal compensação, entretanto, depende de prévio procedimento administrativo, a requerimento do contribuinte à Receita Federal.* III - Precedentes desta Corte Especial. IV - Recurso especial provido.”

- AGRESP nº 441.343, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJU de 23.06.03, p. 325: “AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. PIS X COFINS. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 9.430/96. REQUERIMENTO À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Esta Colenda Corte Superior tem o entendimento pacificado no sentido de que, no regime da Lei nº 8.383/91, os créditos advindos do pagamento a maior da contribuição para o PIS só podem ser compensados com débitos do próprio PIS. *A compensação de tributos de*

espécies distintas, prevista na Lei nº 9.430/96, depende de prévio procedimento administrativo, a requerimento do contribuinte à Secretaria da Receita Federal. Agravo regimental improvido.”

É certo que o artigo 74 da Lei nº 9.430/96 foi objeto de alteração pela MP nº 66, de 22.09.02, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.02, e depois pela Lei nº 10.833, de 29.12.03, ficando o texto, na sua atual conformação, assim redigido (g. n.):

“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 de ressarcimento, *poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.*”

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a *entrega, pelo sujeito passivo, de declaração* na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal *extingue o crédito tributário, sob condição resolutória* de sua ulterior homologação.

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, *não poderão ser objeto de compensação* mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

I - *o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;*

II - *os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.*

III - *os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda*

Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - os créditos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com o débito consolidado no âmbito do *Programa de Recuperação Fiscal - Refis, ou do parcelamento a ele alternativo*; e
V - os débitos que já tenham sido objeto de *compensação não homologada* pela Secretaria da Receita Federal.

§ 4º *Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.*

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional,

relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo, podendo, para fins de apreciação das declarações de compensação e dos pedidos de restituição e de ressarcimento, fixar critérios de prioridade em função do valor compensado ou a ser restituído ou ressarcido e dos prazos de prescrição.”

Como se observa, a novel legislação dispensou a exigência de requerimento administrativo e de autorização do Fisco para a compensação, mas, em contrapartida, veio a instituir outros, inclusive em caráter mais gravoso ao contribuinte, suscitando a controvérsia sobre a sua aplicabilidade como direito superveniente, que o Superior Tribunal de Justiça dirimiu, pela 1ª Seção, no exame dos Embargos de Divergência no RESP nº 488.992, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 07.06.04, p. 156, nos seguintes termos (g. n.):

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PIS E TRIBUTOS DE DIFERENTE ESPÉCIE. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM A CAUSA DE PEDIR. 1. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei 8.383/91, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie. 2. A Lei 9.430/96 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, após a análise de cada caso, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto 2.138/97), com relação aos tributos sob administração daquele órgão. 3. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante

entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. 4. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual ‘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’, agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. 5. *Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.* 6. *É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.* 7. *Assim, tendo em vista a causa de pedir posta na inicial e o regime normativo vigente à época da postulação (1995), é de se julgar improcedente o pedido, o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os requisitos próprios.* 8. *Embargos de divergência rejeitados.”*

Tem-se, pois, que, no caso concreto, aplica-se o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, alterado pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03,

plenamente em vigor quando da propositura da ação, o que viabiliza o pedido de compensação, na extensão formulada.

Considerando o período do indébito fiscal, deve ser acrescido ao principal, a título de correção monetária e juros de mora, a variação da Taxa SELIC, desde cada recolhimento indevido, em consonância com o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, cuja aplicabilidade está consolidada nos pretórios (RE nº 462.574, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU de 02.12.05; RE nº 293.439, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 09.05.05; RE nº 346.846, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU de 19.08.05; e AI nº 521.524, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU de 30.11.04; ERESP nº 398.182, 1ª Seção, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 03.11.04, p. 122; AC nº 2002.61.82045894-4, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 12.01.05, p. 475; AC nº 2002.61.82000089-7, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJU de 02.03.05, p. 167; AC nº 2000.60.00000009-6, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU de 25.02.05, p. 479).

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso adesivo da autoria e dou parcial provimento ao apelo da União e à remessa oficial para reduzir o prazo prescricional aos recolhimentos efetivados no quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos do art. 168 do CTN, quanto à compensação de créditos de PIS/COFINS recolhidos a maior ante a falta de exclusão das receitas de exportação decorrentes de operações realizadas com a Zona Franca de Manaus, reformando a r. sentença, nos termos supracitados.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

- Sobre a isenção de PIS/COFINS nas operações com a Zona Franca de Manaus, veja também a seguinte decisão: Ag 2004.03.00.057990-0/SP, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto, publicada na RTRF3R 77/164.

APELAÇÃO CÍVEL
0006321-55.2006.4.03.6100
(2006.61.00.006321-9)

Apelante: UNIMED DE ANDRADINA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: AC 1460691

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS - LEI 9.961/00 - LEI 9.656/98 - UNIMED - RESSARCIMENTO AO PODER PÚBLICO DOS GASTOS TIDOS COM BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE ATENDIDOS NA REDE PÚBLICA.

1. A lei nº 9.961/00 criou a ANS com a finalidade precípua de regular o mercado de saúde suplementar, competindo-lhe, dentre outras atribuições, tanto a fiscalização como a aplicação das penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656/98.
2. Por sua vez, a Lei 9.656/98 estabelece que as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde submetem-se às suas disposições, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas estabelecidas.
3. O artigo 32 da Lei 9.656/98 prescreve que serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

4. A Carta Magna dispõe em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado.
5. Já o artigo 199 da Constituição Federal autoriza a atuação da iniciativa privada na área da saúde pública, estando, todavia, submissa aos princípios instituídos pelo artigo 196.
6. Não assiste razão à apelante, uma vez que o artigo 32 da Lei 9.656/98 prevê como obrigatório o ressarcimento ao Poder Público dos gastos tidos com os beneficiários de planos de saúde atendidos na rede pública.
7. Para haver o ressarcimento não há necessidade de contrato entre a operadora e o hospital em que ocorreu o atendimento.
8. Quanto aos valores cobrados, destaco que o *quantum* a ser ressarcido será não inferior ao praticado pelo SUS e nem superior ao praticado pelas operadoras, de acordo com tabela de procedimentos (TUNEP) instituída pela ANS, através da Resolução 17/00, conforme assegura o artigo 32 da Lei 9.656/98, parágrafos 1º e 8º.
9. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de apelação em sede de ação ordinária, com pedido de antecipação parcial de tutela, contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de que seja declarada a inexistência de relação jurídica entre a requerente e a

autarquia que legitime a exigência de cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS, assim como a condenação da autarquia no pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais. Requer, ainda, a autorização para que seja efetuado o depósito judicial do valor em discussão, com a suspensão da exigibilidade do crédito, de acordo com o artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

O valor atribuído à causa é de R\$ 1.798,88, atualizado em 18 de agosto de 2010.

A autora pleiteia a anulação de avisos de cobrança, consolidados nos Ofícios 3750/04/DIDES/ANS/MS e 7215/2005/GGSUS/DIDES/MS e na notificação 76/2006/DIDES/ANS/MS, uma vez que alega a inconstitucionalidade da exigência de ressarcimento ao SUS, imposta pelo artigo 32 da Lei 9.656/98. Este feito, conforme folha 287, foi distribuído por dependência, em razão de continência, já que teve o seu pedido abrangido pelo o da Ação Ordinária nº 2004.61.00.012962-3, distribuída na 26ª Vara Cível Federal, em que se requer a declaração de inexistência de relação jurídica entre a requerente e a autarquia que legitime a exigência de cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.

A antecipação de tutela foi parcialmente concedida para autorizar o depósito judicial do valor do débito e suspender a exigibilidade do crédito, nos moldes do artigo 151, II, do CIN, impedindo sua inscrição em Dívida Ativa, bem como obstando a inclusão do nome da autora no CADIN, até julgamento final da demanda.

Citada, a ré apresentou contestação.

Foi apresentada réplica.

Sobreveio sentença, julgando improcedente o pedido formulado, revogando a antecipação de tutela e condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do CPC, pois entendeu o MM. Juízo de origem que a obrigação de ressarcimento do SUS, pelas operadoras de planos privados de saúde, pelas despesas relativas aos atendimentos prestados aos beneficiários de planos de saúde,

pelas atividades públicas ou privadas conveniadas ao sistema está prevista no artigo 32 da Lei 9.656/1998, com redação determinada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, bem como reconheceu que tanto as tabelas instituídas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar quanto a cobrança do ressarcimento combatido pela agência não ofendem ao princípio da legalidade.

Inconformada, UNIMED Andradina - Cooperativa de Trabalho Médico apelou, requerendo a reforma total da sentença, sob a alegação de inconstitucionalidade da exigência de ressarcimento ao SUS, bem como de os valores exigidos pela apelada serem indevidos e injustos, uma vez que são muito superiores aos praticados pelo SUS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de ter declarada a inexistência de relação jurídica entre a UNIMED Andradina Cooperativa de Trabalho Médico e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que legitime a exigência de cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.

A lei nº 9.961/00 criou a ANS com a finalidade precípua de regular o mercado de saúde suplementar, competindo-lhe, dentre outras atribuições, tanto a fiscalização como a aplicação das penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656/98.

Por sua vez, a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece que as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde submetem-se às suas disposições, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

“I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;

- (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- c) reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- d) mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- § 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- § 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- § 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- § 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.”

Já o artigo 32 da referida Lei prescreve que serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas

ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001):

“§ 1º O ressarcimento a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.”

Cumprе ressaltar que a Carta Magna, em seu artigo 196, dispõe que:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Já o artigo 199 da Constituição Federal autoriza a atuação da iniciativa privada na área da saúde pública, estando, todavia, submissa aos princípios instituídos pelo artigo 196:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Nesta toada, verifica-se que não assiste razão à apelante, uma vez que o artigo 32 da Lei 9.656/98 prevê como obrigatório o ressarcimento ao Poder Público dos gastos tidos com os beneficiários de planos de saúde atendidos na rede pública.

Visa-se, com isso, coibir o enriquecimento sem causa e cobrar investimento do setor privado, ou seja, das operadoras de planos e seguros de saúde, já que estas não prestariam os serviços adequadamente e teriam captado os recursos dos beneficiários.

Vale salientar que para haver o ressarcimento não há necessidade de contrato entre a operadora e o hospital em que ocorreu o atendimento.

No tocante ao pedido de anulação dos valores cobrados, ressalto que os mesmos são devidos e o *quantum* a ser ressarcido será não inferior ao praticado pelo SUS e nem superior ao praticado pelas operadoras, de acordo com tabela de procedimentos (TUNEP) instituída pela ANS, através da Resolução 17/00, conforme assegura o artigo 32 da Lei 9.656/98, parágrafos 1º e 8º:

“Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou

contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
§ 1º O ressarcimento a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

Nesse sentido, assim entende o Colendo Supremo Tribunal Federal, in verbis:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição

Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão ‘atuais e’. Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão ‘artigo 35-E’, contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.” (STF, ADI-MC 1931, Rel. Min. Maurício Corrêa)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.
É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

- Sobre o ressarcimento ao SUS dos gastos tidos para atendimento de beneficiários de planos de saúde na rede pública, veja também os seguintes julgados: Ag 2004.03.00.018493-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicado na RTRF3R 77/230 e AC 2006.61.00.004124-8/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 97/282.

APELAÇÃO CÍVEL
0036708-59.2007.4.03.9999
(2007.03.99.036708-7)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: RONALDO DEMETI (incapaz)
Representante: ODAIL DONATO DEMETI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: AC 1224412
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/10/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DUPLICIDADE DE SENTENÇAS NO MESMO FEITO. DESCONSIDERAÇÃO DA SEGUNDA DECISÃO. INEXISTÊNCIA DO ATO. DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. CONDIÇÃO DE POBREZA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO.

- Prolação de nova sentença na mesma relação processual, julgando mais uma vez improcedente o pleito formulado: pronunciamento que, à toda evidência, enquadra-se como ato inexistente, porquanto encerrada a prestação jurisdicional no exato momento em que publicada a primeira decisão.
- Impossibilidade de renovação da atividade decisória: consumação da jurisdição e exaurimento da competência.
- Declaração de inexistência da segunda sentença, considerando-se-a sem efeito, bem como os demais atos decorrentes.
- Requisito para a implementação do benefício de amparo assistencial não satisfeito; família detentora de condições econômicas de prover a manutenção.
- Estudo social que demonstra inexistência de miserabilidade.
- Beneficiária da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação da autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte.

- Apelação do INSS de fls. 185-193 provida. Reformada a sentença de fls. 176-181.

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, declarar inexistente a sentença de fls. 338-341, não conhecer do agravo retido do autor e dar provimento à apelação do INSS de fls. 185-193, cassando a tutela anteriormente concedida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2010.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora).

Trata-se de ação de demanda objetivando a concessão de benefício assistencial de prestação continuada - amparo social, sob fundamento de ser o autor incapaz, devido à deficiência mental, não tendo condições de prover o próprio sustento nem de tê-lo provido por alguém de sua família.

Interposto agravo retido contra decisão que indeferiu pedido de produção de prova oral.

Pela sentença de fls. 176-181, o juízo *a quo* deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e julgou procedente o pedido. Benefício concedido no valor de um salário mínimo, desde a citação, devidamente corrigido e com a incidência de juros legais de 1% ao mês, a partir da citação. Custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas.

Apelação do INSS às fls. 185-193, pugnando pela reforma da sentença. Se vencido, requer a fixação dos honorários sobre as parcelas vencidas até a data da sentença.

Com contrarrazões.

Às fls. 216, foi convertido o julgamento em diligência, com o retorno dos autos à Vara de origem para realização de perícia sócioeconômica na residência do requerente, necessária ao julgamento do recurso.

Foi realizado o estudo social às fls. 236-239, complementado às fls. 255-257, 270-291 e 311-328.

O juízo *a quo* proferiu nova sentença de procedência às fls. 338-341.

Com apelação do INSS (fls. 347-352) e contrarrazões do autor, retornaram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento da remessa oficial e da apelação para que o termo inicial seja fixado na data da citação.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora).

No tocante ao agravo retido interposto pelo autor (fls. 157-159), verifico que a parte não requereu expressamente sua apreciação pelo Tribunal, razão pela qual não o conheço nos termos do parágrafo 1º, do artigo 523, do Código de Processo Civil.

De saída, o caso é de reconhecimento da inexistência do *decisum* encartado às fls. 328-341.

Com efeito. Equivocou-se o juízo *a quo* ao prolatar segunda sentença, tendo em vista que a primeira (fls. 176-181) não foi anulada.

Aparelhada a demanda, restou sentenciado o feito resolvendo-se pela procedência do pedido.

Com apelo do INSS e contra-razões do autor, os autos subiram, sobrevindo nesta Corte, nesse ínterim, decisão nos seguintes termos (fl. 75):

“Em se tratando de benefício assistencial de prestação continuada - amparo social, imprescindível a realização de estudo socioeconômico, para análise dos fatos narrados na inicial. Assim, converto o julgamento do presente feito em diligência, a fim de que o digníssimo Juízo *a quo* determine a realização de perícia socioeconômica na residência do requerente, necessária ao julgamento do presente recurso. São Paulo, 14 de dezembro de 2007.”

Sem anular a sentença anteriormente proferida, portanto, o Tribunal dispôs tão-somente que se levasse a efeito providência indispensável à apreciação do recurso de apelação.

Após a realização do estudo social (fls. 236-239, 255-257, 270-291 e 311-328), contudo, o magistrado de primeiro grau, depois de intimar ambas as partes para manifestação sobre os laudos e colher o parecer do Ministério Público, inadvertidamente proferiu nova sentença, julgando mais uma vez procedente o pleito formulado, pronunciamento que, à toda evidência, enquadra-se como ato inexistente, porquanto encerrada a prestação jurisdicional no exato momento em que publicada a primeira sentença.

Antonio Carlos de Araújo Cinta, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *in Teoria Geral do Processo*, 12ª edição, 1996, Malheiros, tecem os seguintes comentários (pp. 350/351):

“Outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser ele inexistente, perante o direito. É que, à falta desses elementos, o próprio ato, intrinsecamente, não reúne condições para ser eficaz; fala a doutrina, nesses casos, em ‘não atos’. Dos atos inexistentes não costuma falar a lei - e nem precisaria mesmo falar: se se pratica um ato tão disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia (mas v. CPC, art. 37, par. ún.). Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva

(CPC, art. 458, inc. III, CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor.

Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em nulidade absoluta. Falam alguns autores em atos anuláveis (para o que chamamos de nulidade relativa), atos relativamente nulos (para o que chamamos de nulidade absoluta) e absolutamente nulos (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?

.....
Os atos inexistentes não podem convaler, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei que lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência do ato jurídico anterior; ela seria passível de anulação, porque inquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua a sua eficácia (será o caso somente de ação rescisória ou revisão criminal, nos limites da lei).

Se a própria sentença foi juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo o vício poderá ser declarado.”

Teresa Arruda Alvim Wambier, in “Nulidades do Processo e da Sentença”, 4ª edição, 199, Ed. RT, pp. 163/167, em relação ao mesmo tema, disserta:

“Todo o problema da inexistência do ato gira em torno da vida do ato, *sendo pois, rigorosamente, anterior ao problema de validade.* 167 168

Quanto a estes dois pontos, concordamos plenamente. Ousamos, no entanto, discordar de Humberto Theodoro Júnior, quando este expende opinião segundo a qual a distinção entre atos nulos e inexistentes é questão ‘pura acadêmica pois que, do ponto de vista prático, os efeitos se equivalem, impedindo a formação da *res judicata*’.

Como adiante se verá, a coisa julgada, segundo pensamos, só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processos nulos ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível.

.....
Assim, se o ato nulo é viciado de alguma forma, o inexistente não chega nem a ser, juridicamente. Ainda que para ambos os casos deva haver pronunciamento judicial, segundo pensamos, aquele estará submetido a um prazo qualquer, que tenha sido estabelecido em lei. Todavia, o mesmo não ocorre com os atos inexistentes, cuja possibilidade de vulneração não se submete a prazo algum.

Atos inexistentes, segundo Couture, são na verdade meros fatos e são atos jurídicos.

Trata-se de problema que, rigorosamente, do ponto de vista jurídico, é lógica e cronologicamente anterior ao da validade: é do ser ou não ser do ato. Impossível é falar de desvio de algo que não tem nem mesmo condições para estar no caminho.”

Mais do que discutir a validade do ato em si, o fato é que a segunda sentença na mesma relação jurídica processual, como verificado, carece de utilidade e motivação, em razão da atividade desenvolvida pelo Estado-juiz ter se esgotado no primeiro julgado, como se observa do comando estampado no *caput* do artigo 463 do Código de Processo Civil.

Encerra-se verdadeira proibição ao juízo sentenciante de reavivar a função decisória, afinal, “a disposição contida na regra enfocada constitui-se em um caso de preclusão consumativa, que atinge o juiz, de modo geral pouco exposto a preclusões. Ao contrário dos demais atos que pratica, os quais, em regra, pode rever, reconsiderar de ofício ou a requerimento dos interessados (ou do MP), com relação à sentença isso não ocorre. Proferido o julgamento, torna-se ele imutável para quem o pronunciou”, mais ainda quando operados todos os efeitos decorrentes do movimento recursal regularmente exercitado, com devolução e translação das matérias respectivas ao órgão *ad quem*.

Evidente que, para lá das hipóteses de correção não-substanciais expressamente previstas, caracterizadas pela impossibilidade de se reparar eventuais desvios de pensamento ou de critério de julgamento - retificação, de ofício ou a requerimento da parte, de inexatidões materiais ou erros de cálculo -, bem como a via dos embargos de declaração, em algumas outras situações excepcionais cumprirá ao magistrado da causa, no mesmo feito, praticar atos necessários ao prosseguimento da marcha procedimental, dentre os quais os mais comuns acabam sendo o processamento inicial dos recursos eventualmente interpostos e mesmo dar cumprimento à própria sentença, diante de postura desidiosa do réu caso condenado a obrigação de fazer ou não-fazer.

Em hipótese nenhuma, porém, permite-se que venha a renovar, conforme ocorrido, a atividade decisória propriamente dita, a par da *consumação da jurisdição e exaurimento da competência*, assim pronunciados por Cândido Rangel Dinamarco:

“Publicada a sentença de mérito, o processo de conhecimento está realizando o que lhe competia na preparação da tutela jurisdicional, no grau jurisdicional em que se encontra. A efetividade da tutela oferecida pela sentença ou acórdão poderá depender ainda de alguma providência ou mesmo de um novo processo (o executivo), *mas naquele processo o juiz é proibido de prosseguir atuando. Ele é*

decididamente proibido de inovar no processo, quer para alterar, modificar, retificar ou mesmo completar o conteúdo substancial da sentença. A partir da publicação mediante entrega da sentença ao escrivão ou registro da que o juiz houver ditado em audiência, alterações substanciais só serão admissíveis em grau de recurso - ou seja, só aos órgãos superiores é lícito fazê-las.”

A juiz algum se consente sentenciar novamente o mesmo feito, não se tolerando tamanha inadequação sequer como causa de nulidade do ato. Como ensina o mestre das *Arcadas*, ao avançar no trato dos atos processuais juridicamente inexistentes e precipuamente das sentenças que se apresentam incapazes de produzir os efeitos programados, “de realizar o escopo ordinariamente realizado pelos atos da espécie a que o ato aparenta pertencer”, à ordem jurídica vigente não se amolda ocorrência de tal magnitude “porque o resultado desejado encontra barreiras jurídicas tão sólidas que, de modo absoluto, impedem sua produção”, para então rematar: “Numa visão radical e extremamente pan-processualista, só seriam juridicamente inexistentes os atos em si mesmos incapazes de produzir resultado de qualquer ordem, nem mesmo o efeito de dar início ou pôr fim ao processo. Não se passaria das petições ou sentenças não assinadas, ou assinadas por quem não esteja qualificado ao ato, ou das sentenças desprovidas de parte dispositiva (art. 458, inc. III). *O conceito mais largo de inexistência do ato processual é uma imposição do método caracterizado como processo civil de resultados, perante o qual o processo e as atividades jurisdicionais são encarados pela perspectiva da utilidade que possam ter perante as pessoas ou a população como um todo*”.

A propósito, ainda, as conclusões tiradas do ensaio intitulado “Sentença Inexistente”:

“A decretação da inexistência da sentença precisa, indispensavelmente, estar estribada na ocorrência de situações processuais objetivas, nítidas e concretas. *A sentença é*

inexistente porque nascida de atos processuais praticados com a violação de expressas exigências legais. A complexidade da atividade processual, que se desenvolve mediante um encadeamento de sucessivos atos dos sujeitos processuais, reclama a observância de determinadas normas, desde a propositura da ação até o advento da sentença e, posteriormente, da coisa julgada, depois de esgotados os recursos destinados a decisão. Se esses atos processuais não puderem ter existência, por afrontarem o ordenamento jurídico vigente, as sentenças que produzirem não chegarão nunca a ter vida. São sentenças inexistentes. E por serem inexistentes nunca provocam a formação de coisa julgada.”

Apesar de tormentosa a questão, inexistindo entre os estudiosos concordância absoluta quanto às hipóteses de inexistência no mundo jurídico como sentença - há modelos mais comuns referidos nos livros, que acabam servindo como parâmetro, tais como a) a sentença *não-assinada*, b) a sentença *desprovida de dispositivo* e c) a sentença *a non iudice*, longe, contudo, de esgotar o assunto, até porque “*se é infactível preverem-se todos os casos em que pode haver nulidades, a fortiori, infactível será preverem-se todos os vícios capazes de desfigurar a sentença enquanto tal*” -, a situação vivenciada nos autos não passou despercebida a Pontes de Miranda, que em comentário introdutório ao Capítulo VIII do Código, ao exemplificar os provimentos inexistentes, cravou com propriedade que “*a sentença duplificante, que é a segunda sentença no mesmo processo, é inexistente, e entra na espécie c) - sentença publicada sem ser proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue -, salvo se a outra era nula*”.

Em igual sentido, apoiado também no ensinamento *supra* - não obstante a discrepância quanto à terminologia utilizada -, o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

“Outro exemplo de nulidade absoluta da sentença é aquele

lembrado por PONTES DE MIRANDA e que ocorre quando *o juiz da causa depois de já julgado o feito volta a proferir, no mesmo processo uma segunda sentença*. Com o pronunciamento feito no primeiro julgado o juiz *exauriu a jurisdição e encerrou a relação processual*. O segundo julgado, dentro dos mesmos autos, é, pois, *decisão proferida sem o suporte de uma relação processual e por quem já não tem mais competência para sentenciar*. ‘Tal segunda sentença - anota o douto processualista - é nula *ipso iure*. Não se precisa ir com a ação rescisória contra ela. Qualquer pessoa pode alegar essa nulidade ainda incidentalmente’ (‘Tratado da Ação Rescisória’, pág. 640).

A hipótese aventada não se confunde com a duplicidade de coisa julgada sobre a mesma lide, já que isto só se dá quando em processos diferentes se proferem sentenças em torno da mesma pretensão, entre as mesmas partes. Aí sim, a segunda sentença substitui a primeira e é eficaz enquanto não for rescindida, nos termos do art. 485, nº IV, do CPC. O caso que, no entanto, lembramos é o da *segunda sentença dentro do processo já exaurido pelo primeiro julgamento*. Aqui, ‘qualquer que seja o tempo que corra após ela, não passa a substituir a sentença antes proferida’, *por se tratar de julgado absolutamente nulo e não simplesmente rescindível* (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, *loc. cit.*.)”

Da mesma forma, a menção, na valiosa obra de Teresa Arruda Alvim, sobre a doutrina estrangeira, anotando que “o Prof. Paulo Cunha (*apud* Castro Mendes, Direito processual civil *cit.*, p. 304) cita, exemplificativamente, casos de sentenças que considera inexistente. As hipóteses são as seguintes: 1. vício de forma; 2. sentença a *non iudice*; 3. sentença dúbia; 4. sentença proferida contra parte ilegítima; 5. ‘segunda’ sentença - *proferida depois de já ter sido dada uma sentença no processo*”.

A respeito, ainda, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DUPLICANTE NO MESMO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DA SEGUNDA. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. JULGADOS TRAZIDOS COMO PARADIGMAS BEM EVIDENCIAM O DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL EXIGIDO PELOS ARTS. 266 E 267 DO RISTJ.

Na hipótese, *havendo decisão duplicante no mesmo processo, considera-se a segunda como inexistente.*

Se os vv. Arestos trazidos à colação solucionaram a matéria objeto do apelo extremo sob o enfoque infraconstitucional, não há como deixar de reconhecer o dissenso exigido, se o acórdão atacado o fez por outro prisma.

Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão que indeferiu os embargos de divergência.”

(Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em REsp nº 170.421/RS, 1ª Seção, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 21.2.2000)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.

- *Esgotada a jurisdição pela prolatação de sentença, é defeso ao magistrado lançar novo édito, salvo em sede de embargos de declaração.*

- *Na hipótese de proferir o Juiz nova decisão após a sentença de mérito, o segundo decisum é ato inexistente, sem qualquer validade jurídica, podendo seus efeitos serem afastados pelo Juízo de Segundo Grau, sem que tal providência importe em reformatio in pejus.*

- Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 164.877/RS, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 18.10.1999)

Do voto do Relator, no segundo precedente, *in verbis*:

“O Juiz cometeu um grande erro: julgou ambos os réus,

proferindo nova sentença contra Alda. E em seguida, contando da data da segunda sentença, declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da ação penal. E logo depois, por decisão tomada em audiência, o nobre Magistrado processante tornou sem efeito a decisão que decretara a prescrição.

E o Tribunal, em sede recursal, conheceu do recurso do Ministério Público para exasperar a pena imposta aos réus, reconhecendo a prática de delito consumado. No mesmo passo, entendeu inexistente a segunda sentença prolatada contra Alda Denise.

Por isso, entende a recorrente que houve *reformatio in pejus*, pois o Ministério Público não recorreu da segunda sentença. Daí, a invocação de maltrato ao art. 617, do CPP. Não vejo como prestigiar a tese condensada no recurso.

Ora, é sabido que o Juiz, após proferir a sentença de mérito, esgota a sua jurisdição, sendo-lhe defeso proferir nova decisão, salvo em sede de embargos de declaração. Assim, se o Juiz proferir nova decisão após a sentença de mérito, este segundo *decisum* é ato inexistente, desprovido de qualquer vitalidade jurídica.

Concordo com o pensamento proclamado no acórdão recorrido, ao asseverar, no pertinente ao tema sob enfoque, a seguinte passagem, *verbis*:

‘Acontece que o juízo monocrático quando proferiu aquela sentença alcançando a embargante já havia esgotado a função jurisdicional. Nada, absolutamente nada, em nível de mérito, poderia realizar. A situação é tão alarmante que visão contrária poderia admitir efeitos se eventual outra decisão de mérito merecessem estes mesmos autos ao retornarem novamente à origem.

Aquele ato decisório é um zero, um nada, de onde, pois, não se pode extrair efeito algum. De repetir, no momento da lavratura daquele ato o colega já acabara sua função jurisdicional, passou a ser mero espectador do espetáculo forense, tal qual cidadão comum’ (fls. 295/296).”

Declarada inexistente a segunda sentença, será esta considerada sem efeito, bem como os demais atos decorrentes.

Quanto à necessidade de pronunciamento judicial, a respeito do ato inexistente, ainda Teresa Arruda Alvim Wambier, *in ob. cit.*, p. 167, comenta:

“O ataque aos atos processuais inexistentes não requer, segundo Camusso, sequer formulação escrita proporcionada pelo legislador. Ademais, segundo esse mesmo autor, não havendo nada a destruir, não haverá limite temporal para constatar-se a inexistência. Essa opinião nos parece integralmente acertada.

Entretanto, *‘ninguém pode dizer que uma situação jurídica de tal natureza pode manter-se sem limite temporal de ataque por meio de pronunciamento judicial, pois que esta situação seria atentatória aos princípios viscerais do processo. Esta preocupação levou alguns autores a sustentar que o sistema a que estão submetidas as nulidades dever-se-ia aplicar também às hipóteses de inexistência’*.174”

Em razão do exposto, declaro inexistente a sentença proferida às fls. 338-341 e sem efeito os atos dela decorrentes.

No tocante ao agravo retido interposto pelo autor (fls. 157-159), verifico que a parte não requereu expressamente sua apreciação pelo Tribunal, em suas contrarrazões de apelação, razão pela qual não o conheço nos termos do parágrafo 1º, do artigo 523, do Código de Processo Civil.

Passo, pois, ao exame da apelação de fls. 185-193.

O benefício perseguido pelo autor tem caráter assistencial, devendo ser prestado pelo Estado a quem dele necessitar, independentemente de contribuição.

Antes da elaboração da Constituição Federal de 1988, a proteção social era restrita àqueles que estiveram, em algum instante, vinculados ao sistema previdenciário, o qual tem caráter contributivo.

Com o advento da Carta Constitucional atual, expressamente restou autorizada, no artigo 203, inciso V, a implementação do amparo social às pessoas idosas ou portadoras de deficiência que comprovem não possuir condições econômicas e financeiras para prover sua manutenção nem de tê-la provida por algum membro de sua família.

Assim, o benefício assistencial, hoje vigente, destina-se a amparar os hipossuficientes, dispensando qualquer espécie de contribuição.

O aludido dispositivo constitucional condicionou o regramento deste benefício à elaboração de lei, dando ensejo à conclusão de se tratar de norma de eficácia limitada.

Após a publicação da Constituição de 1988, foi promulgada a Lei nº 8.213/91, que, em seu artigo 139, manteve a renda mensal vitalícia como benefício previdenciário, enquanto não regulado o artigo 203, inciso V, do Estatuto Supremo.

A fim de regulamentar a referida norma constitucional, surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.742/93, a qual disciplinou os requisitos necessários à implementação do benefício em questão. Dispõe o artigo 20, *in verbis*:

“Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º - Para os efeitos do disposto no ‘caput’, entende-se como família o conjunto de pessoas elencados no art. 16 da Lei. 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto (par. com redação dada pela Lei nº 9.720, de 30/11/1998).

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja

renda mensal ‘per capita’ seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.”

No entanto, a Lei nº 9.720, de 30.11.98, alterou a redação do artigo 38 da Lei nº 8.742/93, no que pertine à idade mínima para auferir o benefício, reduzindo-a para 67 (sessenta e sete) anos, a partir de 1º de janeiro de 1998.

Novamente reduzida, para 65 (sessenta e cinco) anos, a partir de 1º de janeiro de 2004, nos termos da Lei nº 10.741, de 1º.10.03 (artigo 34).

Desse modo, as pessoas com idade superior a 65 anos, bem como as portadoras de deficiência que não possuem condições financeiras de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, estão aptas ao benefício assistencial de prestação continuada.

Os pressupostos essenciais estão disciplinados no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Para a concessão do amparo assistencial, mister se faz a conjugação de dois requisitos: alternativamente, a comprovação da idade avançada, ou incapacidade laborativa, a qual se verifica por meio de laudo médico pericial e, cumulativamente, a miserabilidade, caracterizada pela inexistência de condições econômicas para prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por alguém da família.

A condição de incapaz foi devidamente comprovada mediante a laudo pericial de fls. 148-150.

Por outro lado, no que pertine ao estado de miserabilidade, ficou demonstrado que a requerente não se enquadra na condição de carência financeira, pois sua família possui meios de prover-lhe manutenção.

De acordo com o estudo social de fls. 235-237, complementado às fls. 255-257, 270-290 e 310-328, este último datado

de 25.05.2009, o núcleo familiar é composto por três pessoas: autor, 36 anos, solteiro, e seu genitor, 60 anos, aposentado e sua genitora, 54 anos (DN 07.11.1954 - fl. 25). A residência é própria, composta por 07 cômodos, *todos muito bem acabados, com piso frio e forro de laje. O imóvel é confortável e atende as necessidades de moradia do autor e família.* Em resposta ao quesito nº 12 (fl. 312) a assistente social relatou que *a família do autor vive em boas condições. Não é carente, embora as vezes passe por algumas dificuldades financeiras.* A renda familiar provém da aposentadoria do genitor, no valor de R\$ 898,71 (oitocentos e noventa e oito reais e setenta e um centavos) para maio/2009 (salário mínimo: R\$ 465,00), além do benefício de prestação continuada que o autor recebe por determinação judicial. Foi relatado no complemento de fls. 271-273, que o pai do requerente, quando realiza alguns serviços extras, recebe o valor de R\$ 783,00 (setecentos e oitenta e três reais). As despesas com alimentação, luz, água, outras despesas, farmácia, vestuário, telefone e convênio médico totalizam R\$ 1.311,51.

O autor reside juntamente com sua família, de quem é plenamente dependente. De fato, a dependência econômica existe, mas a renda mensal *per capita* familiar, diga-se auferida pelo genitor, é superior ao limite imposto pela lei para que seja concedido o benefício.

O amparo assistencial, por ser benefício que independe de contribuição previdenciária, tão-somente destina-se àquelas pessoas que sejam, de fato, necessitadas, pobres, que vivam marginalizadas, à beira da sociedade, em estado de profunda miséria que evidencie condição indigna de um ser humano. Nesse sentido:

“ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO RETIDO. COMPETÊNCIA. INTERESSE DE AGIR. MISERABILIDADE NÃO COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA.

- *Omissis.*

- A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência

ou tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).

- Havendo provas de que a família possui meios de prover à manutenção da parte autora, resta ausente um requisito legal para a concessão do amparo assistencial, não fazendo jus ao benefício.

- Agravo retido improvido, com rejeição da matéria preliminar. Apelação da parte autora improvida.”

(TRF 3ª Região, AC 2007.03.99.044478-1, Des. Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, v. u., DJF3 22.10.2008).

“PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO CONTINUADA. PESSOA IDOSA. INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO INDEVIDO.

- Para a concessão do benefício assistencial de que tratam o art. 203, V, da Constituição Federal e a Lei nº 8.742/93, é necessário que o requerente do benefício seja idoso ou incapaz para a vida independente e para o trabalho, sendo indispensável a comprovação de que não possui meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família. A ausência da condição de miserabilidade inviabiliza a concessão do referido benefício. Ressalte-se que o benefício assistencial em questão não é fonte de aumento de renda, mas um meio de prover a subsistência daqueles que necessitam do amparo do Estado, por não possuírem renda própria ou familiares que possam supri-la.

- A autora não arcará com o pagamento das verbas de sucumbência por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. Precedente do STF.

- Apelação do INSS provida.”

(TRF 3ª Região, AC 2005.03.99.040569-9, Relator Des. Fed. Galvão Miranda, Décima Turma, v. u., DJU 21.12.2005, página 249).

Destarte, não estando presentes os pressupostos legais para a concessão do benefício assistencial, a improcedência do pedido

é de rigor, devendo, portanto, ser reformada a sentença de fls. 176-181.

Por se tratar de beneficiário da assistência judiciária gratuita, deixo de condenar o autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte (AR nº 2002.03.00.014510-0/SP, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., j. 10.05.06; AR nº 96.03.088643-2/SP, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, v. u., j. 24.05.06).

Ante o exposto, voto por declarar inexistente a sentença de fls. 338-341, tornando sem efeito os atos dela decorrentes. Não conheço do agravo retido do autor e dou provimento à apelação do INSS de fls. 185-193, para reformar a sentença de fls. 176-181 e julgar improcedente o pedido, cassando a tutela anteriormente concedida.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL

2007.03.99.046388-0

Apelantes: SEBASTIÃO ALVES MARCONDES E OUTROS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: AC 1233681
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REOCUPAÇÃO DE TERRA INDÍGENA - AUTO-EXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. PRELIMINARES REJEITADAS. PEDIDO PROCEDENTE.

1. De acordo com o artigo 129, incisos III e V da Constituição da República, são funções institucionais do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada.

2. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir (artigo 103 do CPC), o que não ocorre no caso. Nesta ação civil pública a causa de pedir é o reconhecimento da auto-executoriedade do ato administrativo de demarcação da terra indígena (Portaria 300), e o pedido consiste na declaração da auto-executoriedade desse ato. Já a declaratória, tem como causa *petendi* a nulidade do procedimento demarcatório da FUNAI face à ausência de tradicionalidade da ocupação das terras por populações indígenas, não caracterizando a conexão.

3. Os artigos 14, inciso IV, 130 e 131 do Código de Processo Civil, estabelecem que o magistrado não está obrigado a realizar provas sobre fatos já comprovados, bem como cabe a ele, na formação do livre convencimento, decidir acerca da necessidade ou não da sua realização em audiência de instrução, como ocorreu. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa repelida.

4. Tendo em vista que foram devidamente apreciadas todas

as questões deduzidas na pretensão inicial, não se sustenta a afirmação de falta de fundamentação na r. sentença.

5. A previsão de auto-executoriedade do ato de demarcação da reserva indígena em tela, está no artigo 19 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), pelo que deve ser mantida a decisão recorrida.

6. O Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos MS nºs 25483 e 21896 (referentes à demarcação das Reservas Raposa Serra do Sol e Jacaré de São Domingos) firmou o entendimento de que o procedimento administrativo demarcatório das terras permanentemente ocupadas pelos indígenas é dotado da auto-executoriedade.

7. Considerando que foram observadas as disposições do Decreto nº 1.775/96, que rege o procedimento de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas por índios, não tem amparo legal a alegação de inconstitucionalidade e nulidade do Procedimento Administrativo, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa. A Suprema Corte já se pronunciou acerca da constitucionalidade do referido Decreto (MS nº 21.649/MS).

8. Preliminares rejeitadas. 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 maioria, rejeitar as preliminares e, no mérito, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de setembro de 2009.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra João José Jallad, Município de Maracaju, Juracy Correa Marcondes e Sebastião Alves Marcondes por meio da qual pleiteia a reocupação da área indígena Sucuriy, já demarcada, alegando a auto-executoriedade do ato administrativo demarcatório.

Regularmente processado o feito, às fls. 2964/2992, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Dourados julgou procedente o pedido para declarar a auto-executoriedade do ato administrativo de demarcação de posse da Terra Indígena Sucuriy e do Decreto Presidencial que a homologou, e deferiu a tutela antecipada para determinar a desocupação da área, além de condenar os requeridos nas despesas processuais, inclusive honorários periciais e advocatícios fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Os requeridos apelaram às fls. 3008/3050, sustentando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal, conexão do presente feito com a ação declaratória nº 1997.60.00.0003148-9, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão de não ter sido realizada audiência de instrução e julgamento após o MM. Juízo de Dourados - MS ter declinado da competência e ainda vício de fundamentação da r. sentença, tendo em vista que não tratou de todos os pontos essenciais da defesa, sobre as provas e argumentos produzidos.

No mérito, alegam, em síntese, que;

a) Ao contrário do afirmado na r. decisão recorrida, a Portaria Ministerial nº 300, de 17.5.96 (ato de demarcação da Terra Indígena Sucuriy), não é auto-executória;

b) a terra disputada, conforme comprovado nos autos, nunca foi área de ocupação permanente de índios, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, mas ali estão instalados os legítimos proprietários por tradição e *accessio possessionis*, desde 1.835, com títulos de propriedade regulares;

c) o Decreto nº 1775/96, que disciplina o procedimento administrativo demarcatório, não foi devidamente observado no

caso em tela, pois não houve notificação prévia dos proprietários para a realização da vistoria e realização de relatório administrativo, assim como intimação pessoal para apresentar defesa;

d) Que não cabe ao Executivo legislar por Decreto sobre demarcação de terras indígenas (CF), como ocorreu, mas sim através de projeto de lei com a aprovação do Congresso Nacional;

e) mesmo que as terras que compõem a área em litígio tivessem em passado remoto sido ocupadas por índios, estaria caracterizado um aldeamento extinto, enquadrável no enunciado da Súmula nº 650 do Colendo STF, e portanto terras que passaram para o patrimônio privado;

f) na hipótese, não se mostram presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada;

g) é cabível a atribuição do efeito suspensivo na apelação;

h) a sentença *a quo* foi proferida com ofensa do artigo 5º, incisos II, XXII, XXXV, XXXVI, LIV e LV, art. 22, inciso XV, art. 37, *caput*, art. 84, 129, inciso III e 231 da CF, e aos artigos 166, inciso IV e 168, todos do Código Civil, bem como art. 126, art. 214, art. 215, art. 248 e art. 458, inciso II, e art. 81 do CDC e art. 2º, § 8º do Decreto nº 1.775/96 e por fim a Lei nº 7347/85.

O autor apresentou contra-razões às fls. 3091/3142 pleiteando o improvimento do recurso.

O Ministério Público Federal às fls. 3203/3214 opinou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Inicialmente, a arguição de ilegitimidade do “parquet” para figurar no pólo ativo da demanda, não prospera.

De acordo com o artigo 129, incisos III e V da Constituição da República, são funções institucionais do Ministério Público

promover a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas.

Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público da União - LC nº 75/93, autoriza ao Órgão Ministerial da União promover ação civil pública para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, o que ocorre neste caso, razão pela qual rejeito a preliminar.

Também não merece acolhida a alegada conexão entre esta causa e à ação declaratória nº 1997.60.00.0003148-9.

De acordo com o artigo 103 do Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, o que não ocorre no caso em comento.

Na presente ação civil pública a causa de pedir é o reconhecimento da auto-executoriedade do ato administrativo de demarcação da terra indígena (Portaria 300), e o pedido consiste na declaração da auto-executoriedade desse ato.

Já a ação declaratória, tem como causa *petendi* a nulidade do procedimento demarcatório da FUNAI face à ausência de tradicionalidade da ocupação das terras por populações indígenas, não caracterizando destarte a conexão.

Rejeito também a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

De acordo com os artigos 14, inciso IV, 130 e 131 do Código de Processo Civil, o magistrado não está obrigado a realizar provas sobre fatos já comprovados, bem como cabe a ele, na formação do livre convencimento, decidir acerca da necessidade ou não da sua realização em audiência de instrução, como ocorreu.

Por fim, também não se sustenta a afirmação de falta de fundamentação na sentença *a quo*, tendo em vista que foram devidamente apreciadas todas as questões deduzidas na pretensão inicial.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia à auto-executoriedade do ato administrativo de demarcação da Terra Indígena Sucuriy, que transmitiu a posse permanente das terras aos índios do mesmo nome.

A auto-executoriedade consiste no atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Ela é possível quando expressamente prevista em lei, em matéria de polícia administrativa, bem como quando se trata de medida urgente.

No caso dos autos, a previsão de auto-executoriedade do ato de demarcação de reserva indígena vem estabelecida no artigo 19 do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), que dispõe:

“Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória.”

O Colendo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento dos MS nºs 25483 e 21896 (referentes à demarcação das Reservas Raposa Serra do Sol e Jacaré de São Domingos) firmou o entendimento de que o procedimento administrativo demarcatório das terras permanentemente ocupadas pelos indígenas é dotado da auto-executoriedade. Confirmam-se as ementas:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À

POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPE-TÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADE-QUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realiza-do no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. Mandado de segurança não conheci-do, no ponto.

Cabe à União demarcar as terras tradicionalmente ocupa-das pelos índios (*caput* do artigo 231 da Constituição Federal).

Donde competir ao Presidente da República homologar tal demarcação administrativa.

A manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é re-quisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.

Não há que se falar em supressão das garantias do contra-ditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min Joaquim Barbosa).

Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais.

O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proce-der conforme a natureza jurídica da Administração Públi-ca, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade.

Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.”

(STF, MS nº 25483, Plenário, Relator: Ministro Carlos Britto, unânime, j. em 04.06.2007, DJe de 14.09.2007, p. 32).

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO HOMOLOGATÓRIO DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA INDÍGENA DENOMINADA JACARÉ DE SÃO DOMINGOS. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA REFERIDA NA PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA E AQUELA CONSTANTE DO DECRETO HOMOLOGATÓRIO DA DEMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

1. No que tange à declaração dos limites e superfície da terra indígena a ser demarcada, é possível haver diferença entre área e perímetro estabelecidos pela Portaria do Ministério da Justiça e aqueles constantes do decreto presidencial.

2. Afastada a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, fundada na assertiva de que edição do Decreto presidencial não se afigurava possível, porquanto já em trâmite a ação de nulidade de demarcatória cumulada com ação reivindicatória. Ausente provimento jurisdicional definitivo ou cautelar que impedisse o prosseguimento do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, cujo início se deu em momento anterior à propositura da demanda na primeira instância. Observância dos princípios da presunção de legitimidade e auto-executoriedade dos atos administrativos.

Mandado de segurança denegado.”

(STF, MS nº 21896, UF: PB, Plenário, Relator: Ministro Carlos Velloso (lavrou acórdão Ministro Joaquim Barbosa), Dje: 13-06-2008, Pág. 156).

No que concerne à alegação de inconstitucionalidade e nulidade do Procedimento Administrativo, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, também não assiste razão aos recorrentes, na medida em que foram observadas as disposições do Decreto nº 1.775/96, que rege o procedimento de demarcação das áreas tradicionalmente ocupadas por índios.

Com efeito, assim dispõe o referido diploma normativo:

“Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros

órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Art. 3º Os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto.

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

Art. 8º O Ministro de Estado da Justiça expedirá as instruções

necessárias à execução do disposto neste Decreto.

Art. 9º Nas demarcações em curso, cujo decreto homologatório não tenha sido objeto de registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, os interessados poderão manifestar-se, nos termos do § 8º do art. 2º, no prazo de noventa dias, contados da data da publicação deste Decreto.

Parágrafo único. Caso a manifestação verse demarcação homologada, o Ministro de Estado da Justiça a examinará e proporá ao Presidente da República as providências cabíveis.

Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se o Decreto nº 22, de 04 de fevereiro de 1991, e o Decreto nº 608, de 20 de julho de 1992.”

Como se verifica o Decreto nº 1775/96, não obriga à notificação prévia dos proprietários para a realização da vistoria e realização de relatório administrativo, bem como a intimação pessoal para apresentar defesa, assim como resguarda os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ressalto, por fim, que a Excelsa Corte de Justiça já se pronunciou acerca da constitucionalidade do referido Decreto, por ocasião do julgamento do MS nº 21.649/MS.

Por esses fundamentos, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA:

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, “para declarar a auto-executoriedade do ato de declaração de posse permanente dos índios quanto à Terra Indígena Sucury,

e do posterior Decreto Presidencial que a homologou e, via de conseqüência, para condenar a parte ré a desocupar a integralidade da área da Terra Indígena Sucury, abstendo-se de ocupá-la enquanto prevalecer a validade e eficácia dos referidos atos administrativos”.

O recurso, da relatoria da E. Desembargadora Federal Vesna Kolmar, foi levado a julgamento na sessão de 15/09/2009. Em seu voto, a E. Relatora rejeitou as preliminares e, no mérito, negou provimento à apelação, no que foi acompanhada pelo E. Juiz Federal Convocado Ricardo China.

Com a devida vênia, ousei divergir da douta maioria, para, de ofício, julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Vencido nessa questão, no mais acompanhei o voto da E. Relatora, quanto à rejeição das preliminares e na negativa de provimento à apelação.

Passo a declarar o voto, quanto à extinção, de ofício, do processo.

A r. sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto João Carlos Cabrelon de Oliveira, reconhece que o pedido visa o cumprimento de ato provido de auto-executoriedade:

“Vê-se, portanto, que sustenta a parte autora a necessidade do deferimento do pedido inicial, essencialmente, por força da auto-executoriedade do ato administrativo, presumidamente legítimo, que concluiu pela atribuição da posse permanente da área em litígio aos indígenas da comunidade Sucury, ao tempo em que atribuiu sua propriedade à União, nos termos da Constituição Federal.

Ensina a doutrina que os atos administrativos auto-executórios independem de chancela judicial para serem postos em prática pela Administração Pública.

Define Hely Lopes Meirelles esse atributo como a ‘possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial’ (Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo:

1999, 24ª ed., Ed. RT, p. 143).

Ora, assumindo-se o ato em questão como auto-executório, torna-se, em linha de princípio, dispensável a manifestação judicial para que seja cumprido, mesmo que o particular, ao qual o ato se direciona, manifeste sua discordância, a ele resistindo.

Em outros termos, tem-se que a Administração Pública, para fazer cumprir um ato dotado do atributo de auto-executoriedade, pode utilizar-se dos meios necessários para tanto, inclusive em face da resistência do particular, sem se valer de autorização ou ordem judicial, o que se vê, comumente, nos atos relacionados ao exercício do poder de polícia, ‘Tal o que acontece com as interdições de atividades ilegais, com os embargos e demolições de obras clandestinas, com a inutilização de gêneros impróprios para o consumo e outros atos de polícia administrativa’ (Hely Lopes Meirelles. Ob. cit., p. 145).

Em tal hipótese, não há que se falar, portanto, em interesse, no sentido processual, de vir a Administração Pública em Juízo buscar autorização judicial para fazer cumprir ato administrativo auto-executório, tal como se verifica no precedente abaixo colacionado: ...

Portanto, repita-se, faltaria no caso vertente, *prima facie*, interesse de agir da parte autora, ao buscar a intervenção judicial, já que a própria Administração Pública poderia, por se tratar de um ato administrativo auto-executório (tal como proclamado pela parte autora na inicial), imitir-se na posse da Terra Indígena demarcada a atribuir seu usufruto aos índios da comunidade Sucury, tanto mais após a homologação dessa demarcação pelo Presidente da República, e translação do domínio à União, operada junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Maracaju/MS (documentos de fls. 1846-1852).”

Não obstante tenha entendido o MM. Juiz sentenciante que, a princípio, não restaria configurado o interesse de agir, em

seguida anotou que tal interesse estaria presente, por conta das peculiaridades do caso concreto: a uma, porque a parte autora não é a pessoa jurídica competente para fazer cumprir o ato administrativo que declarou a posse permanente dos índios, pois competente seria a União que, no entanto, não teria se utilizado do seu poder de polícia para efetivar o ato de demarcação; a duas, porque seria recomendável, diante da resistência ativa dos réus, percebida nos autos, que ainda que o dotado do atributo da auto-executoriedade, o ato administrativo demarcatório do direito de posse dos indígenas seja cumprido mediante determinação judicial.

Com a devida vênia, comungo do entendimento inicialmente assentado pelo MM. Juiz sentenciante, no sentido de que, como o próprio Ministério Público Federal afirma na petição inicial, o ato demarcatório goza do atributo de auto-executoriedade.

Se assim é, não há interesse de agir, na modalidade necessidade, na ação que pretende concretizar providências que, para a sua efetiva concretização, não dependem de intervenção do Poder Judiciário.

Tal conclusão não se altera pelo fato de que a ação é movida pelo Ministério Público Federal, porque a legitimidade deste, no caso, é extraordinária, nos termos do artigo 129, incisos III e V da Constituição e da Lei Complementar nº 75/1993, como anotado no voto da E. Relatora.

E, novamente rogando vênia, a conclusão também não se altera diante da resistência processual dos réus, visto que o manejo das medidas processuais que entende cabíveis é direito inalienável da parte. Por outro lado, a mera possibilidade de resistência, mediante ação física, ao cumprimento do ato administrativo também não faz surgir o interesse de agir. Basta lembrar que, ainda que obtenha o MPF decisão judicial, se resistência física houver, a decisão terá que ser cumprida mediante requisição de força policial, e essa requisição será endereçada ao Poder Executivo, justamente o que, por força da auto-executoriedade da ato demarcatório, não precisa de ordem judicial para assim agir!

Ante o exposto, pelo meu voto julgo extinto o processo,

sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir.

Vencido nessa questão, acompanho o voto da E. Relatora na rejeição das preliminares e na negativa de provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000100-31.2008.4.03.6118
(2008.61.18.000100-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ANTONIO NEWTON MENDES CAETANO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONARDO SAFI
Classe do Processo: ApelReex 1491327
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL - ATIVIDADE EXERCIDA NA CONDIÇÃO DE AUTÔNOMO - NÃO COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

I. O reconhecimento do tempo especial depende da comprovação do trabalho exercido em condições especiais que, de alguma forma, prejudique a saúde e a integridade física do autor, mediante a legislação aplicável ao tempo da efetiva prestação dos serviços.

II. As atividades de Empresário e Biologista não estão enquadradas na legislação especial, e os períodos em que foram vertidos os recolhimentos na condição de autônomo não podem ser reconhecidos como excepcionais, tendo em vista que os trabalhadores contribuintes individuais, antigos “autônomos”, não são sujeitos ativos da aposentadoria especial sendo, por isso, impossível a conversão pretendida.

III. Conta o autor com um total de 26 (vinte e seis) anos, 9 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias de tempo de trabalho comum, não havendo como deferir a aposentadoria especial.

IV. Sem condenação em honorários advocatícios e custas processuais, tendo em vista que o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita.

V. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas.

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

São Paulo, 30 de agosto de 2010.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Trata-se de ação ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento das condições especiais em que teria sido laborado pelo autor o período de 18.10.1976 a 31.05.2007, junto à empresa Neves & Caetano S/C Ltda, com a consequente concessão da aposentadoria especial.

O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder ao autor a aposentadoria por tempo de serviço integral, desde 02.01.2007, com correção monetária nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação, bem como a arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Sentença proferida em 15.06.2009, submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, sustentando a impossibilidade do reconhecimento do período especial posterior a 28.04.1995 e pede, em consequência, a reforma da sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Instados a se manifestar sobre o Perfil Profissiográfico Previdenciário emitido pela empresa Neves & Caetano S/C Ltda, constituída somente em 18.07.2001, afirmando que o autor trabalhou no período de 18.10.1976 a 31.05.2007 exposto a agentes agressivos, declarou o autor que trabalhava desde 18.10.1976 na empresa individual “Antonio Newton Mendes Caetano”, cuja razão social, por força de legislação, passou a ser “Neves & Caetano S/C Ltda”, tratando-se, portanto, da mesma firma. O INSS, por seu turno, assevera que o autor, na qualidade de Empresário/Contribuinte Individual não faz jus à caracterização do tempo laboral como atividade especial, bem como ressalta que o laudo técnico firmado por Técnica de Segurança do Trabalho não constatou a presença de nenhum agente agressivo na empresa.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Trata-se de ação ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o reconhecimento das condições especiais em que teria sido laborado pelo autor o período de 18.10.1976 a 31.05.2007, junto à empresa Neves & Caetano S/C Ltda, com a consequente concessão da aposentadoria especial.

Assim dispunha o art. 202, II, da CF, em sua redação original:

“Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho

sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;”

Em obediência ao comando constitucional, editou-se a Lei nº 8.213, de 24.07.1991, cujos arts. 52 e seguintes forneceram o regramento legal sobre o benefício previdenciário aqui pleiteado, e segundo os quais restou afirmado ser devido ao segurado da Previdência Social que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se mulher, ou 30 (trinta) anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário-de-benefício para o máximo de 100%, caso completados 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 (trinta e cinco) anos, se do sexo masculino.

A tais requisitos, some-se o cumprimento da carência, acerca da qual previu o art. 25, II, da Lei nº 8.213/91 ser de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais no caso de aposentadoria por tempo de serviço.

Tal norma, porém, restou excepcionada, em virtude do estabelecimento de uma regra de transição, posta pelo art. 142 da Lei nº 8.213/91, para o segurado urbano já inscrito na Previdência Social por ocasião da publicação do diploma legal em comento, a ser encerrada no ano de 2011, quando, somente então, serão exigidas as 180 (cento e oitenta) contribuições a que alude o citado art. 25, II, da mesma Lei nº 8.213/91.

Oportuno anotar, ainda, ter vindo a lume a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, cujo art. 9º trouxe requisitos adicionais à concessão de aposentadoria por tempo de serviço:

“Art. 9º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se

homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;
II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
a) 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta), se mulher; e
b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.”

Contudo, desde a origem o dispositivo em questão restou ineficaz, por ausência de aplicabilidade prática, razão pela qual o próprio INSS reconheceu não serem exigíveis quer a idade mínima para a aposentação, em sua forma integral, quer o cumprimento do adicional de 20% (vinte por cento), aos segurados já inscritos na Previdência Social em 16.12.1998. É o que se comprova dos termos postos pelo art. 109, I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.2005:

“Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o contido no § 2º, do art. 38 desta IN, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações:

I - aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:
a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher.”

A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo; tal entendimento visa não só amparar o próprio segurado contra eventuais alterações desfavoráveis perpetradas pelo Instituto autárquico, mas tem também por

meta, indubiosamente, o princípio da segurança jurídica, representando uma garantia, ao órgão segurador, de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que expressamente prevista.

Realço, também, que a atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial, conforme já de há muito pacificado pelo extinto TFR, na Súmula nº 198:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. COMPROVAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. DESNECESSIDADE. PERÍODO POSTERIOR À REFERIDA LEI COMPROVADO MEDIANTE LAUDO ESPECÍFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, consubstanciam instrumento processual apto a sanar omissão, obscuridade ou contradição, e corrigir eventual erro material.
2. Até a edição da Lei 9.032/95 (28/4/95), existia a presunção absoluta de exposição aos agentes nocivos relacionados no anexo dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 tão-só pela atividade profissional, quando então passou a ser exigida a sua comprovação por meio dos formulários de informações sobre atividades com exposição a agentes nocivos ou outros meios de provas até a data da publicação do Decreto 2.172/97. *In casu*, apesar da correta fundamentação, foi reconhecido, pela atividade profissional, o tempo de serviço até 5/3/97, verificando-se, dessa forma, a apontada contradição no voto do recurso especial.
4. A constatação do alegado vício, entretanto, em nada prejudica a conclusão alcançada pelo aresto ora embargado,

uma vez que o restante do tempo considerado especial - entre 29/4/95 e 5/3/97 - foi devidamente comprovado mediante formulários emitidos pela empresa, na forma estabelecida pelo INSS.

5. Embargos de declaração acolhidos para suprir a contradição, sem a atribuição de efeitos infringentes.”

(EDcl no REsp 415298/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 06.04.2009)

Posto isto, impõe-se verificar se cumpridas as exigências legais para a caracterização da natureza especial das atividades ventiladas na exordial.

Até o advento da Lei nº 9.032, de 29.04.1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do citado Decreto nº 83.080/79 e Anexo do Decreto nº 53.831, de 25.03.1964, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto nº 357, de 07.12.1991, que “Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social” e pelo artigo 292 do Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992, que “Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7.12.1991, e incorpora as alterações da legislação posterior”.

Com a edição da Lei nº 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, conforme a nova redação então atribuída ao § 4º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

“§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.”

Confira-se, nesse sentido, uma vez mais, a jurisprudência do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PERIGOSAS E INSALUBRES DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DECISÃO MANTIDA POR SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO.

1. A decisão está em sintonia com a orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, segundo a qual é direito do servidor público, ex-celetista, contar o tempo de serviço prestado em condições perigosas e insalubres de acordo com a legislação vigente à época de prestação do serviço.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg Resp 929774/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 31.03.2008).

Registro, por oportuno, ter sido editada a controversa Ordem de Serviço nº 600/98, alterada pela Ordem de Serviço nº 612/98, estabelecendo certas exigências para a conversão do período especial em comum, quais sejam:

a) a exigência de que o segurado tenha direito adquirido ao benefício até 28.05.1998, véspera da edição da Medida Provisória 1.663-10, de 28.05.1998;

b) se o segurado tinha direito adquirido ao benefício até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95 -, seu tempo de serviço seria computado segundo a legislação anterior;

c) se o segurado obteve direito ao benefício entre 29.04.1995 - Lei nº 9.032/95 - e 05.03.1997 - Decreto nº 2.172/97 -, ou mesmo após esta última data, seu tempo de serviço somente poderia ser considerado especial se atendidos dois requisitos: 1º) enquadramento da atividade na nova relação de agentes agressivos; e 2º) exigência de laudo técnico da efetiva exposição aos agentes agressivos para todo o período, inclusive o anterior a 29.04.1995.

Em resumo, as ordens de serviço impugnadas estabeleceram

o termo inicial para as exigências da nova legislação relativa ao tempo de serviço especial.

E com fundamento nesta norma infralegal é que o INSS passou a denegar o direito de conversão dos períodos de trabalho em condições especiais.

Ocorre que, com a edição do Decreto nº 4.827, de 03.09.2003, que deu nova redação ao art. 70 do Decreto nº 3.048 - Regulamento da Previdência Social -, de 06.05.1999, verificou-se substancial alteração do quadro legal referente à matéria posta a desate, não mais subsistindo, a partir de então, o entendimento posto nas ordens de serviço em referência.

Isso é o que se deduz da norma agora posta no citado art. 70 do Decreto nº 3.048/99:

“Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.”

Importante realçar, no particular, ter a jurisprudência do STJ firmado orientação no sentido da viabilidade da conversão de tempo de serviço especial para comum, em relação à atividade prestada após 28.05.1998:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período, inclusive após 28 de maio de 1998. Precedentes desta 5ª Turma.
2. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.
3. Agravo desprovido.”
(AgRg Resp 1087805/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 23.03.2009)

“PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. TERMO FINAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 9.711/1998. DIREITO ADQUIRIDO. COMPROVAÇÃO DE SALUBRIDADE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. LAUDO PERICIAL E USO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. DESCONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A partir do julgamento do REsp nº 956.110/SP, a Quinta Turma, em alteração de posicionamento, assentou a compreensão de que, exercida a atividade em condições especiais, ainda que posteriores a maio de 1998, ao seguido assiste o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum, para fins de aposentadoria.
2. Impossibilidade de descaracterizar a salubridade da atividade reconhecida pelo Tribunal de origem por meio da análise da prova pericial.
3. No que tange ao uso do EPI - Equipamento de Proteção Individual, esta Corte já decidiu que não há condições de chegar-se à conclusão de que o aludido equipamento afasta, ou não, a situação de insalubridade sem revolver o conjunto fático-probatório amealhado ao feito. (Súmula nº 7).
4. Recurso especial improvido.”
(Resp 1108945/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03.08.2009)

Diga-se, ainda, ter sido editado o Decreto nº 4.882, de

18.11.2003, que “Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.0480, de 6 de maio de 1999”.

A partir de então, restou alterado o conceito de “trabalho permanente”, com o abrandamento do rigor excessivo antes previsto para a hipótese, conforme a nova redação do art. 65 do Decreto nº 3.048/99:

“Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.”

In casu, para comprovar as condições especiais de trabalho, o autor apresentou o seguinte documento:

“Perfil Profissiográfico Previdenciário, emitido em 31.05.2007 pela empresa Neves & Caetano S/C Ltda, firmado pelo próprio autor, sócio da firma, onde consta que no período de 18.10.1976 a 31.05.2007 exerceu as seguintes atividades: ‘coletar sangue e secreções; manipular fezes e urina, pipetar soro sanguíneo, manipular reagentes tóxicos; analisar através de microscópio sangue e secreções, emitir resultado dos exames.’” (fls. 14/15)

O autor apresentou, ainda, PCMSO e PPRA da empresa Neves & Caetano S/C Ltda (fls. 78/104), realizados em abril/2006, onde foram relacionados somente os seguintes funcionários: Maria

Aparecida da Guia (atendente de enfermagem); Carmen Lúcia Martiniano (receptionista); Ana Maria Dorotheia de Castro (atendente de enfermagem); Dora Elena Franco de Alberga (bioquímica), concluindo expressamente que “NÃO FOI OBSERVADA A PRESENÇA DE AGENTES BIOLÓGICOS NESTA EMPRESA” (fls. 102).

A consulta ao CNIS (doc. anexo) revelou que o autor possui vários vínculos de trabalho, desde 24.03.1978, e se inscreveu na condição de Empresário, no período de 18.10.1976 a 31.01.2005; na condição de Biologista, a partir de 21.07.1994; e na condição de Empresário, a partir de 18.07.2001, vertendo contribuições previdenciárias desde janeiro/1985.

As atividades de Empresário e Biologista não estão enquadradas na legislação especial, e os períodos em que foram vertidos os recolhimentos na condição de autônomo não podem ser reconhecidos como excepcionais, tendo em vista que os trabalhadores contribuintes individuais, antigos “autônomos”, não são sujeitos ativos da aposentadoria especial sendo, por isso, impossível a conversão pretendida.

Embora conste do Perfil Profissiográfico Previdenciário acostado que o autor desenvolvia atividades na empresa Neves & Caetano S/C Ltda, exposto a agentes agressivos, no período de 18.10.1976 a 31.05.2007, tal assertiva se mostra inverídica, pois desde 1978 o autor conta com vários vínculos de trabalho em diversas outras empresas.

Dessa forma, inviável o reconhecimento das alegadas condições especiais de trabalho do autor.

Assim, conforme planilha anexa, considerando-se as regras de transição, até o pedido administrativo (02.01.2007), conta o autor com um total de 26 (vinte e seis) anos, 9 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias de tempo de trabalho comum, não havendo como deferir a aposentadoria especial.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação do INSS para reformar a sentença e reconhecer o tempo de serviço comum de 26 (vinte e seis) anos, 9 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias, e julgar improcedente o pedido de aposentadoria especial. Não há que se falar em

condenação em honorários advocatícios e custas processuais, tendo em vista que o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita, seguindo orientação adotada pelo STF.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006045-41.2008.4.03.6104
(2008.61.04.006045-7)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: CÍCERO DA SILVA E MÁRCIA CRISTINA FERREIRA COSTA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: AC 1468033
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2010

EMENTA

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CEF - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR), LEI 10.188/2001 - LOTEAMENTO A POSSUIR VÍCIO REDIBITÓRIO E A (ASSIM) SOFRER COM INUNDAÇÕES - RESPONSABILIDADE ECONÔMICA CONSUMADA - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO DO PÓLO AUTOR.

1. Consoante o conjunto probatório contido nos autos, veemente não cumpre a parte apelante com sua missão, enquanto demandante da provocação jurisdicional em ação aqui de reintegração de posse.
2. Objetivamente descabida a tese econômica no sentido de que nenhuma responsabilidade possui face aos efeitos das inundações ocorridas no Residencial das Flores, situado na cidade de Peruíbe, o qual atrelado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, quando expressamente a reconhecer a instituição financeira que a seguradora do empreendimento a cobrir os danos ocorridos.
3. Cai por terra a irresignação apelante sob tal enfoque, vez que adquiriu e disponibilizou aos mutuários imóvel com patente vício redibitório, assim a possuir responsabilidade a respeito, causando aos réus inúmeros transtornos, como demonstram as fotografias carreadas ao feito. Precedente.

4. Contraditória se põe a postura do pólo recorrente ao afirmar que “o problema de inundação” a brotar da urbe de Peruíbe, quando a legislação de regência, a Lei 10.188/2001, impõe, justamente à CEF, o dever de fiscalizar e definir os critérios técnicos atinentes aos imóveis que farão parte do programa habitacional.

5. Em frutificando o intento recursal de ausência de responsabilidade a respeito, patenteado restaria, por outro lado, que a CEF inobservou crucial critério técnico relativo aos imóveis de enfocado residencial, pois, diante de afirmação de que as inundações são inerentes àquela urbe, falhou a instituição financeira em sua fundamental investigação na aquisição dos bens: se tivesse sido diligente, não teria adquirido aquelas moradias, o que conseqüentemente evitaria celeumas como a em tela.

6. A decorrer o presente litígio de habitacional programa emanado do próprio Poder Público, o qual a tê-lo instituído visando a atender a determinada classe populacional, restou patenteada a falha da CEF na implementação do projeto, no Residencial das Flores, em Peruíbe, em relação à moradia dos demandados, descabendo a reintegração vindicada, tendo-se em vista não cumpriu a Caixa Econômica Federal seu dever de zelo em relação ao bem, afigurando-se inoponível a exigência unilateral de uma obrigação sem conceder à outra parte condição plausível para que usufrua da coisa. Precedente.

7. Improvimento à apelação. Improcedência 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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de setembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Cuida-se de apelação, em ação de reintegração de posse, deduzida pela Caixa Econômica Federal - CEF em face de Cícero da Silva e Márcia Cristina Ferreira Costa.

A r. sentença, fls. 142/146, julgou improcedente o pedido, afastando preliminar de falta de interesse de agir, consignando que a parte autora admitiu que a seguradora do empreendimento irá arcar com a indenização referente à enchente ocorrida (então há problemas inerentes à construção). Considerou ter havido omissão da CEF, no sentido de sanar os problemas enfrentados pelos arrendatários do conjunto residencial Jardim das Flores, destacando que a parte demandante financiou, incorporou e arrendou os imóveis, os quais estão sujeitos a inundações frequentes, tendo-se em vista problema estrutural de escoamento de águas pluviais, cabendo à instituição financeira zelar pelo patrimônio, ao passo que medidas efetivas somente foram tomadas com a promoção de ação civil pública, a qual objetivou a realização de obras de correção no local, não se afigurando legítima, a par da omissão economiária, a exigência de adimplemento das obrigações pelos mutuários, portanto incorrido esbulho possessório, afinal a parte autora manteve-se inerte na promoção de medidas para adequação do empreendimento (PAR). Condenou a CEF ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa.

Apelou a CEF, fls. 150/156, alegando, em síntese, ser de conhecimento público a ocorrência de inundações no loteamento Jardim das Flores, não possuindo responsabilidade pelo infortúnio, vez que a ser um problema da cidade de Peruíbe, o que a afastar a obrigação economiária, existindo ação civil pública promovida pelo MP do Estado de São Paulo em face da construtora do empreendimento, não sendo parte naquela ação, o que a por si

traduzir ausência de responsabilidade pelos fatos. Pondera tão-somente ter adquirido e repassado as unidades aos moradores, repisando tratar-se o problema de inundação da urbe de Peruíbe, assim as medidas cabíveis foram tomadas com o ajuizamento daquela ação civil pública, encontrando-se o pólo apelado inadimplente com a taxa de arrendamento, estando caracterizado esbulho possessório e, por tal, é que a r. sentença deve ser reformada.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 161/166, sem preliminares, subiram os autos a esta C. Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Consoante o conjunto probatório contido nos autos, veemente não cumpre a parte apelante com sua missão, enquanto demandante da provocação jurisdicional em ação aqui de reintegração de posse.

De fato, objetivamente descabida a tese economiária no sentido de que nenhuma responsabilidade possui face aos efeitos das inundações ocorridas no Residencial das Flores, situado na cidade de Peruíbe, o qual atrelado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, quando expressamente a reconhecer a instituição financeira que a seguradora do empreendimento a cobrir os danos ocorridos, fls. 106, primeiro parágrafo.

Ora, cai por terra a irresignação apelante sob tal enfoque, vez que adquiriu e disponibilizou aos mutuários imóvel com patente vício redibitório, assim a possuir responsabilidade a respeito, nos termos do v. julgado infra, causando aos réus inúmeros transtornos, como demonstram as fotografias de fls. 64/65:

TRF2 - AG 200602010066972 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 147513 - ÓRGÃO JULGADOR: OITAVA

TURMA ESPECIALIZADA - FONTE: DJU - Data: 11/04/2008 - Página: 869 - RELATOR: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator
“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA CEF.

1. O imóvel objeto da ação principal foi arrendado pelos Agravantes, sob o sistema do PAR - Programa de Arrendamento Residencial, instituído pela Medida Provisória nº 1.823, de 29 de abril de 1999, posteriormente convertida na Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, cujo Agente Gestor era a Caixa Econômica Federal, a quem competia ‘definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa’, nos termos do art. 4º, IV, da referida Lei.

2. Inaplicável o parágrafo único do artigo 1º da Lei 6099/1974 (arrendamento mercantil), por existir regra específica para o arrendamento residencial, que determina que compete à CEF a escolha do imóvel destinado ao Programa.

3. O único contrato firmado se efetivou entre os Agravantes e a CEF, esta na qualidade de gestora do fundo ao qual pertencia o imóvel, não tendo os Agravantes qualquer relação de direito material com a construtora do mesmo, sendo imperioso reconhecer, portanto, a legitimidade passiva da referida empresa pública, para a demanda que visa a realização de obras de reparo no imóvel ou a sua substituição por outro, tendo em vista os vícios redibitórios verificados após um ano de uso.

4. Agravo de instrumento provido.”

É dizer, contraditória se põe a postura do pólo recorrente ao afirmar que “o problema de inundação” a brotar da urbe de Peruíbe, fls. 153, primeiro parágrafo, quando a legislação de

regência, a Lei 10.188/2001, impõe, justamente à CEF, o dever de fiscalizar e definir os critérios técnicos atinentes aos imóveis que farão parte do programa habitacional:

“Art. 4º Compete à CEF:

IV - definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa;

(Redação dada pela Lei nº 11.474, de 2007)

V - assegurar que os resultados das aplicações sejam revertidos para o fundo e que as operações de aquisição de imóveis sujeitar-se-ão aos critérios técnicos definidos para o Programa;”

Em outras palavras, em frutificando o intento recursal de ausência de responsabilidade a respeito, patenteado restaria, por outro lado, que a CEF inobservou crucial critério técnico relativo aos imóveis de enfocado residencial, pois, diante de afirmação de que as inundações são inerentes àquela urbe, falhou a instituição financeira em sua fundamental investigação na aquisição dos bens: se tivesse sido diligente, não teria adquirido aquelas moradias, o que consequentemente evitaria celeumas como a em tela.

Logo, insuficientes, sim, as afirmações da parte econômica, de que teria tomado todas as providências com o fito de regularizar o grave problema constatado no caso em voga, à luz essencialmente da ausência de elementos sólidos, sobre o debate meritório, como resulta dos autos.

Ademais, a decorrer o presente litígio de habitacional programa emanado do próprio Poder Público, o qual a tê-lo instituído visando a atender a determinada classe populacional, restou patenteada a falha da CEF na implementação do projeto, no Residencial das Flores, em Peruíbe, em relação à moradia dos demandados, descabendo a reintegração vindicada, tendo-se em vista não cumpriu a Caixa Econômica Federal seu dever de zelo em relação ao bem, afigurando-se inoponível a exigência unilateral de

uma obrigação sem conceder à outra parte condição plausível para que usufrua da coisa.

No exato sentido da improcedência da demandada reintegração de posse, o entendimento desta Colenda Corte:

TRF3 - AC 200761040123580 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1443750 - ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA - FONTE: DJF3 CJ1 DATA: 14/01/2010 PÁGINA: 191 - RELATOR: JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF
“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CEF. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. VÍCIO NA CONSTRUÇÃO DE LOTEAMENTO.

1. Trata-se de ação de reintegração de posse, intentada pela Caixa Econômica Federal - CEF em face de João Marques Lima, para recuperar a posse de imóvel contido no loteamento ‘Jardim das Flores’, adquirido através do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, nos termos da Lei nº 10.188/01, em razão da ausência do pagamento da taxa de arrendamento.

2. Sentença recorrida que julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que houve vício na construção do loteamento, que não atendeu às especificidades do Município de Peruíbe, sujeito a inundações freqüentes; e que a CEF foi omissa quanto a este fato, legitimando a inadimplência e afastando a alegação de esbulho possessório.

3. A r. sentença decidiu acertadamente pela presença de vício na construção do loteamento, a partir da decisão liminar proferida na Ação Civil Pública nº 537/2006, em curso na 1ª Vara da Comarca de Peruíbe.

4. O artigo 4º da Lei nº 10.188/01 dispõe acerca das competências da Caixa Econômica Federal - CEF no Programa de Arrendamento Residencial, dentre as quais se destaca a incumbência de defendê-lo na hipótese de vícios de construção.

5. O Programa de Arrendamento Residencial tem como

característica a aquisição, pela Caixa Econômica Federal - CEF, de imóveis construídos para serem entregues mediante arrendamento à população de baixa renda (Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra).

6. A intervenção da CEF não se limita à aquisição e ao arrendamento dos imóveis, uma vez que a sua função se insere no objetivo de efetivar o direito social à moradia (artigo 6º da Constituição Federal).

7. O simples fato de a CEF ter acionado a seguradora e de ter realizado ‘algumas perícias no empreendimento’, não é suficiente para o cumprimento de sua obrigação, que é muito mais ampla.

8. Como bem consignado na sentença recorrida, as únicas providências a respeito do ocorrido foram tomadas não pela CEF, mas pela Associação de Moradores do Jardim das Flores, que ofereceu representação ao Ministério Público Estadual para promoção de ação civil pública, objetivando a realização de obras de correção no local.

9. O fato de a CEF não figurar no pólo passivo da referida ação coletiva, ajuizada em face da construtora e do Município de Peruíbe, não a isenta de responsabilidade pelo inadimplemento contratual, pois a ela competia o controle técnico da construção.

10. Caracterizado o inadimplemento, por parte da CEF, da obrigação de zelar pela higidez técnica do empreendimento, não lhe sendo lícito, antes de sanar os defeitos, exigir o pagamento da taxa de arrendamento, nos termos do artigo 476 do Código Civil.

11. Agravo a que se nega provimento.”

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como o artigo 927, CPC, que objetivamente a não socorrer, com seu teor e consoante este

juízo, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo improvimento à apelação*, mantida a r. sentença, tal qual lavrada.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0022552-89.2008.4.03.6100
(2008.61.00.022552-6)

Apelante: ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - OMB/SP
Apelados: PAULA GOMES DA SILVA E OUTROS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AMS 318666
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 3.857/60. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. REGISTRO. MÚSICOS PROFISSIONAIS. OBRIGATORIEDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.547/07. IMPOSIÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E NÃO À OMB.

I - A profissão de músico encontra-se regulamentada pela Lei nº 3.857/60, a qual criou a Ordem dos Músicos do Brasil e foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois com ela são compatíveis, porquanto o art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, não pode ser analisado isoladamente.

II - A liberdade de expressão diz respeito, tão-somente, ao conteúdo das atividades que menciona, não afastando os requisitos exigidos pela lei para o exercício de certas profissões.

III - Não se revelando absoluta a liberdade de manifestação artística, pode a lei estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho profissional da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações ao exercício do direito individual, a proteção da sociedade.

IV - Músico profissional é aquele inserido no mercado de trabalho, percebendo rendimentos em razão de sua manifestação artística, para sua sobrevivência e a de seus

familiares, não constituindo a música simplesmente uma atividade de lazer.

V - A Lei Estadual nº 12.547/07 somente impõe à Administração Pública Estadual que sua fiscalização não exija tal documento de tais artistas, em nada obrigando a Ordem dos Músicos do Brasil, no que tange à exigência de inscrição em seus quadros.

VI - Remessa Oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. A Desembargadora Federal Consuelo Yoshida acompanhou pela conclusão, vencido do Desembargador Federal Lazarano Neto, que lhes negava provimento.

São Paulo, 23 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA -
Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de mandado de segurança, impetrado *por PAULA GOMES DA SILVA E OUTROS*, contra ato do Sr. *PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - SÃO PAULO*, objetivando a suspensão da exigência por parte da autoridade impetrada de apresentar a identidade profissional perante os estabelecimentos por ocasião de suas apresentações artísticas, bem como abstenha-se da prática de qualquer ato de constrangimento ao livre exercício das atividades musicais dos Impetrantes (fls. 02/18).

Afirmam os Impetrantes que atuam como músicos profissionais, realizando espetáculos, devendo, para tanto, apresentar a carteira de identificação profissional.

Sustentam, outrossim, que os arts. 16 e 28, da Lei nº 3.857/60 não foram recepcionados pela Carta Magna, bem como que a Lei Estadual nº 12.547/07 dispensa os músicos da apresentação da carteira da OMB na participação de shows e afins no Estado de São Paulo.

À inicial foram acostados os documentos de fls. 19/41.

A medida liminar foi deferida (fls. 44/47).

A segurança foi concedida, para reconhecer o direito de os Impetrantes não serem obrigados a apresentar a identidade profissional expedida pela Ordem dos Músicos do Brasil perante os estabelecimentos nos quais se apresentam (fls. 207/211).

Sentença submetida ao reexame necessário.

A Ordem dos Músicos do Brasil interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, sustentando ser necessário, para que o músico possa exercer sua profissão, além da qualificação profissional específica, estar regularmente inscrito junto à Apelante, nos termos do art. 5º, incisos II e XIII, da Carta da República, bem como da Lei nº 3.857/60 (fls. 227/238).

Com contrarrazões (fls. 245/262), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fls. 267/270).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA -
Relatora

VOTO

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

Inicialmente, cumpre observar que os Conselhos e Ordens Profissionais criados mediante lei, destinam-se à fiscalização do

exercício profissional, exercendo controle sobre as respectivas atividades. Assim, no caso de falta de ética ou falha de comportamento do músico ou cantor contratado, o prejudicado tem a quem reclamar, para que aquele seja punido, por meio de procedimento disciplinar.

Por sua vez, a profissão de músico encontra-se regulamentada pela Lei nº 3.857/60, a qual criou a Ordem dos Músicos do Brasil, e estabelece, *in verbis*:

“Art. 1º Fica criada a Ordem dos Músicos do Brasil com a finalidade de exercer, em todo o país, a seleção, a disciplina, a defesa da classe e a fiscalização do exercício da profissão do músico, mantidas as atribuições específicas do Sindicato respectivo.

(...)

Art. 14. São atribuições dos Conselhos Regionais:

(...)

c) fiscalizar o exercício da profissão de músicos;

(...)

Art. 16. Os músicos só poderão exercer a profissão depois de regularmente registrados no órgão competente do Ministério da Educação e Cultura e no Conselho Regional dos Músicos sob cuja jurisdição estiver compreendido o local de sua atividade.

Art. 17. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei, serão entregues as carteiras profissionais que os habilitarão ao exercício da profissão de músico em todo o país.

Art. 18. Todo aquele que, mediante anúncios, cartazes, placas, cartões comerciais ou quaisquer outros meios de propaganda se propuser ao exercício da profissão de músico, em qualquer de seus gêneros e especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.

(...)”

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos,

conclui-se que o vínculo do registro do profissional à sua entidade fiscalizadora, para que possa exercer a profissão de músico, é exigência legal.

Outrossim, entendo que tais dispositivos legais foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois com ela compatíveis, consoante se extrai de seu texto:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*” (destaque meu).

Analisando-se tais preceitos, constata-se que a liberdade de expressão diz respeito, tão-somente, ao conteúdo das atividades que menciona, não afastando os requisitos exigidos pela lei para o exercício de certas profissões.

Não obstante a música constitua uma modalidade de expressão artística, na medida em que sua prática torna-se uma profissão, perfeitamente possível a criação de uma entidade fiscalizadora, objetivando assegurar um comportamento digno e ético dos profissionais que dela tiram seu sustento.

Destarte, é inaceitável o argumento de que, sob o manto do princípio constitucional da liberdade de expressão, músicos profissionais sejam eximidos de se inscrever perante a respectiva autarquia profissional, em desprezo a outras normas constitucionais e legais.

Desse modo, não se revelando absoluta a liberdade de manifestação artística, pode a lei estabelecer os critérios que habilitam uma pessoa ao desempenho profissional da atividade escolhida, objetivando, com essas limitações ao exercício do direito individual, a proteção da sociedade.

Não é todo músico, portanto, que está obrigado a inscrever-se nos quadros da Ordem dos Músicos do Brasil.

Músico profissional é aquele inserido no mercado de trabalho, percebendo rendimentos em razão de sua manifestação artística para sua sobrevivência e a de seus familiares, não constituindo a música simplesmente uma atividade de lazer.

É aquele que vive de sua música, sendo contratado para tocar ou cantar em bares, shows, restaurantes, orquestras, etc., ou que pretende ter sua música executada em rádio ou televisão, não devendo ser, necessariamente, músico diplomado em curso superior ou conservatório musical.

Nesse sentido, registro julgados assim ementados desta Corte e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. REGISTRO E ANUIDADES. LEI Nº 6994/82. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

(...)

2. A inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil é obrigatória aos músicos profissionais, ou seja, aqueles que auferem rendimentos com sua manifestação artística, descaracterizado o sub-emprego.

(...)”

(TRF - 3ª Região, 6ª T., AMS 248216, Rel. Juíza Convocada Audrey Gasparini, j. em 27.04.05, DJ de 02.09.05, p. 465).

“MANDADO DE SEGURANÇA. MÚSICO PROFISSIONAL. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL E ANUIDADE. OBRIGATORIEDADE. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. LEI Nº 3.857/60.

1. Sabe-se que, a teor do disposto no art. 5º, IX da CF/88 ‘é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’.
2. É inaceitável que, sob o pálio do princípio constitucional acima estampado, autorize-se que músicos profissionais fiquem isentos de inscreverem-se no Órgão de Fiscalização de sua classe profissional (OMB). Deve-se ter em conta que tal liberdade pública não se presta à violação de outros pórticos constitucionais, garantidos expressamente, eis que a liberdade no exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão encontra-se limitada ao atendimento das qualificações que a Lei estabelecer, *in casu*, a Lei nº 3.857/60.
3. Tendo-se que os impetrantes são músicos profissionais, é perfeitamente legal a exigência tanto da inscrição destes na OMB, bem como o pagamento da respectiva anuidade.
4. Apelação e remessa oficial providas.”

(TRF - 5ª Região, 1ª T., AMS 88536, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, j. em 07.04.05, DJ de 05.05.05, p. 85).

No caso em tela, conforme qualificação profissional constante da inicial, os Impetrantes são músicos, não podendo, assim, eximir-se do registro em questão.

Por fim, cumpre observar que a Lei Estadual nº 12.547/07, que dispensa os músicos da apresentação da carteira de identidade profissional na participação em shows e afins no Estado de São Paulo, somente impõe à Administração Pública Estadual que sua fiscalização não exija tal documento de tais artistas, em nada obrigando a Ordem dos Músicos do Brasil, no que tange à exigência de inscrição em seus quadros.

Isto posto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL*, para denegar a segurança, julgando improcedente o pedido.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA -
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0005152-13.2009.4.03.6105
(2009.61.05.005152-4)

Apelante: IDALINO ELOI DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1473177
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DO ATO. EFEITOS. BENEFICIÁRIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. EXCLUSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

1. A natureza jurídica da Seguridade Social é publicista, porque decorrente de lei (*ex lege*) e não da vontade das partes (*ex voluntate*). A lei é que determina quais são os direitos e obrigações atinentes à Seguridade Social, envolvendo o contribuinte, o beneficiário e o Estado que arrecada as contribuições, paga os benefícios e presta os serviços administrando o sistema.

2. O questionamento da desaposentação não pode 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.

3. Quanto ao ato de renúncia, a pretensão da parte autora, ora Apelante, ao desfazimento do ato administrativo que o aposentou 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. Cumpre ressaltar, ainda, que não há autorização legal para o desfazimento do ato administrativo que formaliza a concessão da aposentadoria.

4. Não se pode olvidar o princípio de Direito Administrativo, que também rege o Direito da Previdência Social, que é 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. Assim sendo, não havendo autorização da lei para o desfazimento por vontade unilateral do beneficiário do ato administrativo de aposentação não há previsão em nossa ordem jurídica para que a Administração Pública Indireta, como é a Autarquia Previdenciária, desfaça o referido ato.

5. O autor está dispensado do pagamento das custas e honorários advocatícios, uma vez que é beneficiário de assistência judiciária gratuita (fl. 45). Conforme posicionamento do STF a exclusão dos ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual da parte vencida, eis que não é possível a prolação de sentença condicional (*AgRE 313.348-9/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence*).

6. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2010.
Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando o cancelamento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, para fins de obtenção de nova aposentadoria mais vantajosa, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, postulando a reforma da sentença para julgar procedente o pedido deduzido na inicial a fim de conceder o direito à desaposentação. Subsidiariamente, pede a exclusão do pagamento das verbas de sucumbência por ser beneficiário de assistência judiciária gratuita.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): A parte autora, ora Apelante, deduziu dois pedidos sucessivos em cumulação objetiva, ou seja, (1) o reconhecimento pelo r. Juízo *a quo* da renúncia da parte autora pelo seu benefício nº 137.229.600-7/espécie 42, denominado aposentadoria proporcional por tempo de serviço e, (2) concessão de benefício mais vantajoso de aposentadoria integral por tempo de contribuição, nas regras dos artigos 29 e 53 da Lei nº 8.213/91.

Observo que a natureza jurídica da Seguridade Social é publicista, porque decorrente de lei (*ex lege*) e não da vontade das partes (*ex voluntate*).

A lei é que determina quais são os direitos e obrigações

atinentes à Seguridade Social, envolvendo o contribuinte, o beneficiário e o Estado que arrecada as contribuições, paga os benefícios e presta os serviços administrando o sistema.

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 pode 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.

Entendo que a pretensão da parte autora, ora Apelante, ao desfazimento do ato administrativo que o aposentou 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.

Não se pode olvidar o princípio de Direito Administrativo, que também rege o Direito da Previdência Social, que é 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.

Assim sendo, entendo que não havendo autorização da lei para o desfazimento por vontade unilateral do beneficiário do ato administrativo de aposentação não há previsão em nossa ordem jurídica para que a Administração Pública Indireta, como é a Autarquia Previdenciária, desfaça o referido ato.

Não desconhece este Juízo a recente jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acolhendo a tese de possibilidade de renúncia à aposentação.

Data maxima venia, entendo que o instituto da “renúncia” nesta seara de Direito Administrativo e Previdenciário é ato apenas previsto para o Poder Público, por parte da Administração, que depende sempre de lei autorizadora “porque importa no despojamento de direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público” (*in* “Direito Administrativo Brasileiro”, Hely Lopes Meirelles, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. 14ª ed. fls. 166).

Por fim, a legislação vigente que rege a matéria é a que se segue (arts. 18, § 2º, 96, III e 122, todos da Lei 8.213/91 e art. 181-B do Decreto 3.048/99).

O autor está dispensado do pagamento das custas e dos honorários advocatícios, uma vez que é beneficiário de assistência judiciária gratuita (fl. 45), nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Conforme posicionamento do STF a exclusão dos ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual da parte vencida, eis que não é possível a prolação de sentença condicional (*AgRE 313.348-9/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence*).

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA* para excluir a condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

- Sobre a desaposentação, veja também os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274 e Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166.

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0018357-27.2009.4.03.6100
(2009.61.00.018357-3)

Apelantes: OZÓRIO BENATTO (= ou > de 60 anos) E MARIA GIRARDI BENATTO (= ou > de 60 anos)

Apelados: UNIÃO FEDERAL E OFICIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS DE BARUERI - SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO TONIASSO

Classe do Processo: AMS 323871

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/10/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECUSA EM RECEBER A “CAT” EXPEDIDA PELA GERÊNCIA REGIONAL DO PATRIMÔNIO REGIONAL DA UNIÃO (SÃO PAULO). ATO COATOR PRATICADO PELO OFICIAL DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A impetração de mandado de segurança deve dirigir-se à autoridade que praticou o ato coator, ou, em caso de mandado de segurança preventivo, que possa vir a praticá-lo, e que, portanto, tenha igualmente atribuição para cumprir a determinação judicial, reparando-o ou evitando-o.
2. Os impetrantes pretendem dotar o *mandamus* de caráter *curativo*, em relação ao ato efetivo do Senhor Oficial de Registro Imobiliário, que se recusou a receber a CAT por eles obtida junto ao balcão virtual do Serviço do Patrimônio da União - SPU, e *preventivo*, em relação ao Sr. Gerente do SPU em São Paulo/SP, ao argumento de que este se negará a emitir a CAT sob a modalidade de “Transações não onerosas”, uma que o próprio sistema do SPU classifica a operação como sujeita a tributação.
3. Como os próprios impetrantes confessam, foram eles

que classificaram a operação para obtenção da CAT como não onerosa, embora soubessem que os normativos utilizados pelo SPU dão-na como onerosa. E foi o Oficial do Registro Imobiliário quem se negou a receber a CAT nos termos em que foi por eles obtida.

4. Primeiro há que se decidir sobre a legalidade do ato praticado pelo Senhor Oficial de Registro Imobiliário, para, depois, se for o caso, em se reconhecendo ser legal esse ato, legitimar-se a impetração em face do possível ato a ser praticado pelo Gerente do SPU. Portanto, embora por fundamento diverso, é de ser mantida a r. sentença.

5. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Ozório Benatto e Maria Girardi Benatto contra r. sentença (fls. 140/142) que julgou extinto o mandado de segurança impetrado contra ato do Gerente Regional da Secretaria do Patrimônio da União em São Paulo e do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Barueri, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, em razão da ilegitimidade passiva *ad causam* do Gerente Regional da Secretária do Patrimônio da União em São Paulo.

Busca-se na via mandamental o reconhecimento e declaração da não onerosidade da transferência do imóvel de propriedade da União sobre o qual são detentores do domínio útil para integralização de capital social de sociedade, bem como afastar a cobrança de laudêmio para transferência de titularidade do imóvel dos impetrantes, e, conseqüentemente, determinar que oficial do Cartório de Registro de Imóveis proceda ao registro imobiliário da transferência do bem.

Os apelantes, em suas razões, aduzem resumidamente o direito ao registro imobiliário de incorporação de imóvel em pessoa jurídica, com isenção de pagamento de laudêmio, tendo em vista que a incorporação de imóvel de sócio para integralização do capital da pessoa jurídica não constitui transação onerosa.

Alegam a recusa do Cartório de Registro Imobiliário a realizar o competente registro, tendo em vista a existência de orientação normativa expedida pela SPU, que classifica a transferência requerida como transação onerosa.

Argumentam, ainda, a legitimidade passiva do Gerente Regional da Secretaria do Patrimônio da União em São Paulo, pois diante das instruções normativas internas da SPU, verificado o não pagamento do laudêmio será feito o lançamento de ofício pela receita patrimonial da União, ou seja, irá proceder a cobrança do laudêmio sobre a situação que goza de não incidência. Pleiteiam, ao final, a concessão da tutela antecipada (fls. 145/161).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 166/169), subiram os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento da apelação (fls. 176/177).

É o breve relatório.

DECIDO.

Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO (Relator):

O escopo dos apelantes é a obtenção do reconhecimento e a declaração do caráter não oneroso da transferência de imóvel, de que são detentores de domínio útil, para integralização de capital social de empresa, sem a cobrança de laudêmio e, bem assim, determinação para que o Cartório de Registro de Imóveis proceda ao registro imobiliário de transferência.

Narra a petição inicial: “para o devido registro imobiliário, faz-se necessária a apresentação da Certidão de Autorização para Transferência - CAT, documento emitido pela Secretaria de Patrimônio da União - no caso, pela GR-SPU em São Paulo. A emissão dessa certidão é feita, a teor do artigo 3º da Portaria 293 de 04/1/2007, da Secretaria de Patrimônio da União, a emissão das Certidões CAT passou a ocorrer exclusivamente por meio da ferramenta eletrônica ‘Balcão Virtual’ no *website* da Secretaria de Patrimônio da União na *internet* - *www.spu.planejamento.gov.br*. Todavia, pela ferramenta disponibilizada, é necessário informar a FINALIDADE da Transferência que se pretende realizar, a qual foi informada pelos impetrantes como ‘OUTRAS TRANSAÇÕES NÃO ONEROSAS’, tendo sido emitida a Certidão CAT de nº 000674864-36. Todavia, apresentando-se os documentos pertinentes para o efetivo registro imobiliário de transferência do imóvel, o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Barueri NEGOU-SE A REALIZAR O REGISTRO IMOBILIÁRIO porquanto EXIGE a Certidão CAT pela SPU, para o imóvel, para a finalidade de ‘OUTRAS TRANSAÇÕES ONEROSAS’. Ocorre que o sistema da SPU, que operacionaliza a ferramenta eletrônica ‘Balcão Virtual’ para emissão das Certidões CAT, classifica a integralização de capital social subscrito através de incorporação, à sociedade, de bem imóvel como ‘OUTRAS TRANSAÇÕES ONEROSAS’, de acordo com a orientação Normativa ON-GEARP-001 de 28.09.2000 da SPU. Com isso, o sistema da SPU impõe aos impetrantes a necessidade de recolhimento prévio de LAUDÊMIO para emissão das Certidões CAT, referentemente à transferência do imóvel dos impetrantes.”

A MM. Juíza *a quo* julgou extinto o processo sem a resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, com

relação ao Gerente Regional do Patrimônio da União em São Paulo, pois não vislumbrou como sendo essa a autoridade responsável pela prática do ato reputado lesivo, diante da Certidão de Autorização para Transferência - CAT, acostada aos autos às fls. 44/45 - é que a recusa de realizar o ato deu-se por negativa do Oficial do Cartório, que não aceitou a CAT - e determinou o envio dos autos, “para redistribuição”, ao MM. Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, SP.

O apelo não merece ser provido, e isso com base nos fundamentos aduzidos pelo órgão ministerial.

De fato, conforme bem assentou o *parquet*, a impetração de mandado de segurança deve dirigir-se à autoridade que praticou o ato coator, ou, em caso de mandado de segurança preventivo, que possa vir a praticá-lo, e que, portanto, tenha igualmente atribuição para cumprir a determinação judicial, reparando-o ou evitando-o.

No caso os impetrantes pretendem dotar o *mandamus* de caráter curativo, em relação ao ato efetivo do Senhor Oficial de Registro Imobiliário, que se recusou a receber a CAT por eles obtida junto ao balcão virtual do Serviço do Patrimônio da União - SPU, e preventivo, em relação ao Sr. Gerente do SPU em São Paulo/SP, ao argumento de que este se negará a emitir a CAT sob a modalidade de “Transações não onerosas”, uma que o próprio sistema do SPU classifica a operação como sujeita a tributação (*Ocorre que o sistema da SPU, que operacionaliza a ferramenta eletrônica “Balcão Virtual” para emissão das Certidões CAT, classifica a integralização de capital social subscrito através de incorporação, à sociedade, de bem imóvel como “OUTRAS TRANSAÇÕES ONEROSAS”, de acordo com a orientação Normativa ON-GEARP-001 de 28.09.2000 da SPU*).

Ora, isso não é possível. Como os próprios impetrantes confessam, foram eles que classificaram a operação para obtenção da CAT como não onerosa, embora soubessem que os normativos utilizados pelo SPU dão-na como onerosa. E foi o Oficial do Registro Imobiliário quem se negou a receber a CAT nos termos em que foi por eles obtida.

Eles poderiam haver se conformado com o ato do Oficial de Registro imobiliário e virem a Juízo para discutir preventivamente a possível negativa do Gerente do SPU, elencando eventuais ilegalidades nas normas de regência sobre o assunto.

Preferiram, entretanto, mesclar a impetração, atacando os dois atos, conforme referido.

Tenho que isso inviabiliza a impetração nos termos em que foi proposta. É que há prejudicialidade entre os pedidos: primeiro há que se decidir sobre a legalidade do ato praticado pelo Senhor Oficial de Registro Imobiliário, para, depois, se for o caso, em se reconhecendo ser legal esse ato, legitimar-se a impetração em face do possível ato a ser praticado pelo Gerente do SPU. Caso seja concedida a ordem em relação ao ato do Oficial de RI, não haverá interesse de agir em relação ao SPU. Portanto, embora por fundamento um pouco diverso, é de ser mantida a r. sentença.

Estribado em tais considerações, e com o parecer, *nego provimento à apelação*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0033027-13.2009.4.03.9999
(2009.03.99.033027-9)

Apelante: MARIA APARECIDA CONSTANTINO DA COSTA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TEODORO SAMPAIO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MARISA CUCIO
Classe do Processo: AC 1454004
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/09/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. GUARDA JUDICIAL DA AVÓ. VEDAÇÃO LEGAL À ADOÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 71-A DA LEI 8.213/91.

- Hipótese de transferência, em caráter definitivo, da guarda judicial de criança à avó, a quem é vedada a adoção por força do Art. 42, § 1º do ECA.

- A guarda judicial, nas hipóteses em que é vedada a adoção, caracteriza contingência social idêntica à da adoção, isto é, adaptação da criança ao novo lar e estabelecimento de relação afetiva desta com o guardião, o que necessita do afastamento do segurado de sua atividade.

- Incidência do Art. 71-A da Lei 8.213/91, sob pena de que a vedação legal à adoção resulte em tratamento desfavorável à criança e ao segurado que deseja mantê-la na família natural.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de agosto de 2010.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora): Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido da autora de concessão de salário-maternidade em razão da transferência de guarda judicial da mãe para a autora, avó paterna.

Alega a autora, em síntese, que houve transferência definitiva de guarda judicial do neto, equiparável à adoção. Aduz, ainda, que o exercício de atividade rural foi devidamente comprovado por início de prova material complementado por prova oral.

O INSS apresenta suas contrarrazões insistindo que o benefício de salário-maternidade somente pode ser concedido no caso de guarda para fins de adoção e requer a manutenção da sentença.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora): A autora e seu cônjuge (avós paternos) receberam a guarda judicial definitiva de seu neto Vladimir, em 09.10.2006 (fl. 17), em ação de modificação de guarda em que houve a concordância expressa da mãe. A criança, na época, estava com 2 anos e 10 meses de idade.

Na petição inicial da referida ação de modificação de guarda anexada aos autos (fls. 18/21) a mãe informa o falecimento do pai da criança, bem como a dificuldade de prover o sustento deste filho, tendo em vista a existência de outros três filhos dela de relacionamentos anteriores.

A autora, avó materna, que pretende a concessão do benefício de salário-maternidade, comprovou a sua condição de

segurada especial, apresentando farta prova material, a saber: certidão de casamento, na qual seu marido está qualificado como lavrador, documentos de ocupação (pelo casal) de lote destinado à reforma agrária e documentos que comprovam a exploração da propriedade em regime de economia familiar. Além disso, a prova documental corroborou os documentos conforme depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência realizada em 11 de maio de 2009, na comarca de Teodoro Sampaio - SP.

A autora comprovou, ainda, que exerceu a atividade campestre em período superior de 12 meses anteriores ao recebimento da guarda da criança.

A questão que se coloca, então, é a possibilidade de aplicação do Art. 71-A da Lei 8.213/91, à hipótese de transferência definitiva de guarda aos avós.

O art. 71-A não prevê expressamente tal hipótese, conforme sua redação:

“Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Parágrafo único. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.”

Por outro lado, a avó guardiã não pode adotar seu neto, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente que veda a adoção de criança por ascendente, como se depreende da leitura do Art. 42, § 1º, *in verbis*:

“Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º *Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.*”

No entanto, não se trata aqui de autorizar a adoção do neto pela avó paterna, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, mas sim, de concessão de benefício previdenciário a quem está em situação semelhante à mãe adotante, ou seja, na condição de receber sob seus cuidados uma criança em tenra idade, e dela cuidar e prover, pois a criança não tem condições de ficar com a sua mãe natural, mas a autora, por razões jurídicas ou morais, não adotará a criança.

Como provedora e guardiã, a autora será responsável pela criança, nos termos do art. 33 do ECA:

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

No caso dos autos, a mãe, embora viva, está impossibilitada de cuidar de seu filho e o entregou à avó paterna. A avó deve se preparar para receber a criança porque vai depender de cuidados especiais ao perder o convívio com a mãe, e deverá se adaptar a outra rotina, sem levar em consideração os aspectos emocionais envolvidos, e por isso, precisará da dedicação de sua avó guardiã.

Essa é a situação dos autos, mas outras situações podem

ser colocadas à análise, como a mãe que falece no parto, ou que o parto é feito após a morte da mãe, e a criança é entregue à avó. Não poderá essa avó ter o direito de afastar-se do trabalho para se dedicar aos cuidados do neto, indispensáveis nos primeiros meses ou anos de vida? Ou o menor com até 8 anos de idade, que é colocado sob a guarda dos avós, pelo falecimento ou reclusão dos pais? O direito ao afastamento remunerado da guardiã somente será garantido se a criança foi colocada para adoção? Então, para ter tratamento adequado, a criança deverá ser expurgada de sua família natural? Não me parece ser essa a melhor interpretação do dispositivo legal.

É evidente que as hipóteses legais não podem alcançar todas as situações fáticas que ocorrem na sociedade, razão pela qual cabe ao intérprete buscar o alcance da norma posta. Dessa forma, a existência da contingência social de proteção ao trabalho da guardiã diante da necessidade de cuidar e estabelecer relação afetiva com o menor, tal qual ocorre na adoção, não pode ser afastada sob a alegação de que o direito ao benefício carece de previsão legal e da necessária contrapartida, prevista no Art. 195, § 5º da CF/88.

Nem mesmo pretende-se negar vigência ao Art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97 que retirou o menor sob guarda do rol dos dependentes.

O que se reconhece aqui é o direito daquela que, atuando em substituição à mãe natural, com vedação legal para a adoção, possa se afastar do trabalho e dedicar-se à criança, nos períodos estabelecidos na lei.

Desse modo, cumpridos os requisitos nos presentes autos, deve ser reconhecido o direito da avó materna ao benefício de salário-maternidade, pelo período de 60 dias, nos termos do art. 71-A, da Lei 8.213/91.

Ante o exposto *dou provimento* à apelação da autora para condenar o INSS a implementar o benefício pretendido.

É como voto.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0003785-72.2010.4.03.9999
(2010.03.99.003785-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSE MORENO

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL
- SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: ApelReex 1484687

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO ADMINISTRATIVA DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA AFASTADA. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 515, § 1º E 2º, CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO DE EX-COMBATENTE. LEI Nº 4.297/63. DIREITO ADQUIRIDO. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 5.698/71.

I - Em decisão proferida em 14.04.2010, no julgamento do Recurso Especial nº 1.114.938/AL, de Relatoria do Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que é de dez anos o prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) determinar a revisão da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos em data anterior à Lei nº 9.784/99, a contar da data da publicação da lei.

II - No presente caso, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para que a Autarquia Previdenciária reveja o ato de concessão do benefício de pensão por morte da impetrante, tendo em vista a publicação da Lei nº 9.784 em 01.02.1999 e o início do procedimento de revisão administrativa em 23.09.2008.

III - Encontrando-se o feito devidamente instruído, possível a apreciação da matéria de fundo, não havendo que se falar em supressão de um grau de jurisdição, nos termos

do artigo 515, §§ 1º e 2º, do mesmo diploma legal.

IV - É devida a aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente com proventos correspondentes à sua remuneração na ativa ao segurado que preencheu os requisitos exigidos enquanto em vigor a Lei nº 4.297/63, ou seja, antes da modificação introduzida pela Lei nº 5.698/71.

V - Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em face de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação previdenciária para, pronunciando a decadência do direito do INSS de revisar o benefício da parte autora, determinar à Autarquia que mantenha o benefício do segurado no valor original, ou seja, R\$ 4.231,12 (quatro mil duzentos e trinta e um reais e doze centavos) - mês de outubro de 2008, não procedendo a qualquer revisão ou alteração na renda mensal para valor menor ou desconto. O julgado de primeiro grau tornou, ainda, sem efeito o suposto débito acumulado de R\$ 198.019,81 (cento e noventa e oito mil dezenove reais e oitenta e um centavos). O réu foi condenado, também, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa. Não houve condenação em custas e despesas processuais.

A Autarquia, em suas razões de apelação, argumenta não ter se operado a decadência do direito de revisar o ato de concessão do benefício titularizado pela parte autora. Defende, outrossim, a necessidade da revisão do valor da benesse do demandante, que vinha sendo reajustada de maneira irregular, diante da determinação do artigo 37 da Constituição da República. Suscita o pré-questionamento da matéria ventilada.

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

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Verifica-se dos autos que o autor é titular do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente, concedida em 12.09.1970 (fl. 33).

Em 23.09.2008, a Autarquia Previdenciária comunicou ao demandante que reanalisara seu benefício, tendo constatado a ocorrência de erro no reajustamento ou revisão anteriormente efetuada na benesse, facultando-lhe prazo para oferecer defesa (fl. 24).

Cumprе inicialmente destacar que a previsão legal estabelecendo o prazo de decadência do direito à revisão do valor de benefício previdenciário é relativamente recente, seja por parte do segurado, seja por parte da Previdência Social.

Quanto ao primeiro, somente a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.1997 (convertida na Lei nº 9.528/97), foi alterada a redação do artigo 103, *caput*, da Lei nº 8.213/91, passando, assim, a lei de benefícios a disciplinar pela primeira vez a questão relativa à decadência do direito de o segurado pedir a revisão da renda mensal inicial de seu benefício, já que a legislação que a antecedeu somente tratava da prescrição.

No que tange ao direito da Previdência Social proceder à revisão do valor de benefícios previdenciários, a matéria passou a ser disciplinada pela regra geral estabelecida pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. 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.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência 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.”

Somente com a edição da Lei nº 10.839/2004 foi incluído o artigo 103-A na Lei nº 8.213/91, disciplinando especificamente a matéria:

“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.”

Observo que a Lei nº 10.839 foi publicada em 06 de fevereiro de 2004, sendo pacífico o entendimento que tal lei não pode ser aplicada retroativamente.

Nesse sentido, colaciono entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO

DE ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI Nº 10.839/04. INCIDÊNCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. ‘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.’ (artigo 103-A da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 10.839/04).

2. A Lei nº 10.839/04 não tem incidência retroativa, de modo a impor, para os atos praticados antes da sua entrada em vigor, prazo decadencial com termo inicial na data do ato.

3. Recurso provido.”

(STJ; RESP 540904; 6ª Turma; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; DJ de 01.07.2005)

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PERÍODO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/97. PRECEDENTES.

1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeito apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.”

(AGA 927300; 6ª Turma; Relator Ministro Celso Limongi; DJ de 19.10.2009)

Ocorre que, em decisão proferida em 14.04.2010, no julgamento do Recurso Especial nº 1.114.938/AL, de Relatoria do Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que é de dez anos o prazo para o Instituto Nacional do Seguro

Social (INSS) determinar a revisão da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos em data anterior à Lei nº 9.784/99, a contar da data da publicação da lei. Observe-se, por oportuno, o teor do correspondente acórdão:

“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 Nº 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI Nº 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI Nº 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 nº 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 nº 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 nº 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei nº 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.”

Tendo em vista que o entendimento acima transcrito se deu pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/08), deve a tese ali veiculada ser aplicada em toda a Justiça Federal.

Dessa forma, no presente caso, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para que a Autarquia Previdenciária reveja o ato de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente da parte autora, tendo em vista a publicação da Lei nº 9.784 em 01.02.1999 e o início do procedimento de revisão administrativa em 23.09.2008.

De outra parte, considerando que o feito se encontra devidamente instruído, passo à apreciação da matéria de fundo, não havendo se falar em supressão de um grau de jurisdição, nos termos do artigo 515, §§ 1º e 2º, do mesmo diploma legal.

Consoante já mencionado, busca o autor obter provimento judicial que lhe garanta a manutenção do valor integral da aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente de que é titular, nos termos da Lei nº 4.297/63, sem que seja realizada a revisão pretendida pela Autarquia, que sustenta que, a partir da vigência da Lei nº 5.698/1971, os reajustes dos benefícios de ex-combatentes passaram a ser os mesmos dos demais benefícios do regime geral da previdência.

É firme o entendimento jurisprudencial pátrio no sentido de que a legislação aplicável aos benefícios previdenciários é aquela vigente à época da sua concessão.

No caso dos autos o segurado ex-combatente reuniu os requisitos necessários para a implementação da aposentadoria sob a égide das Leis nºs 4.297/63 e 5.315/67, de modo que seu benefício foi concedido com base nesses diplomas legais, que determinavam o cálculo dos proventos iniciais em valor correspondente ao da remuneração na ativa.

E sendo assim, a benesse deve ser reajustada conforme preceituam as Leis nºs 4.297/63 e 5.315/67, sem as modificações introduzidas pela Lei nº 5.698/71, tendo em vista a consolidação dessa situação jurídica, que não pode ser modificada por legislação superveniente.

Nesse sentido, o seguinte precedente do STJ:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS CORRESPONDENTES À REMUNERAÇÃO NA ATIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ACÓRDÃOS PARADIGMAS ORIUNDOS DO MESMO TRIBUNAL EM QUE PROFERIDO O ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 13/STJ. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. LEI Nº 4.297/63. AUSÊNCIA DE PROVA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser devida pensão especial de ex-combatente com proventos correspondentes à sua remuneração na ativa àquele que preencheu os requisitos exigidos enquanto em vigor a Lei 4.297/63, ou seja, antes da modificação introduzida pela Lei 5.698/71. Precedentes.

5. Havendo o Tribunal de origem denegado a segurança ao fundamento de que não houve prova do preenchimento dos requisitos legais, rever tal entendimento requer tão-somente o revolvimento de matéria fática, o que não é permitido em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

6. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 778.221/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ de 15.05.2006, p. 282)

Diante do exposto, *dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial*, para afastar a decadência acolhida pelo

Juízo *a quo* e, com abrigo nos §§ 1º e 2º, do artigo 515 do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido formulado na inicial para determinar que o réu mantenha o benefício previdenciário do autor no valor original, ou seja, R\$ 4.231,12 (quatro mil, duzentos e trinta e um reais e doze centavos) - mês de outubro de 2008 - , não procedendo qualquer revisão e alteração de renda mensal para valor menor ou desconto, e torno, ainda, sem efeito o suposto débito acumulado de R\$ 198.019,81 (cento e noventa e oito mil, dezenove reais e oitenta e um centavos).

No que tange à verba honorária, o E. STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20, do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.1991, negaram provimento v. u., DJU de 21.10.1991, p. 14.732), razão pela qual fixo os honorários advocatícios em R\$ 515,00 (quinhentos e quinze reais) atualizados a partir da data do presente julgamento.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

- Sobre o direito à aposentadoria do ex-combatente que tenha cumprido os requisitos na vigência da lei nº 4.297/63, veja também o seguinte julgado: AC 89.03.007427-0/SP, Relator Juiz Pedro Rotta, publicada na RTRF3R 6/55.

APELAÇÃO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0004016-25.2001.4.03.6181
(2001.61.81.004016-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelada: RAQUEL BEATRIZ LEAL FERREIRA TERCEIRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 25676
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/10/2010

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - ESTELIONATO PRACTICADO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO - ARTIGO 171, § 3º DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADA - AUTORIA E DOLO NÃO COMPROVADOS - FRAGILIDADE DA PROVA ACUSATÓRIA - AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. A materialidade restou comprovada por meio da Representação Criminal do INSS, instaurado a fim de apurar a “Concessão Indevida de Benefício Previdenciário”, e pela farta prova documental que a acompanhou (fls. 08/81), em especial, pelo requerimento de aposentadoria do segurado Carlos Roberto da Silva protocolizado em 18/09/1997 (fl. 15), pela declaração da empresa “Tecnoformas Indústria Gráfica Ltda.” datada de 14/10/1997 (fl. 27), data posterior ao do início do processo de concessão de benefício ao segurado, ficando comprovado, nos autos, que foi considerada a data de início mais favorável ao segurado, para haver pagamento retroativo indevido, pelas informações da Tela de Auditoria do INSS, que comprovam que houve vantagem indevida em favor do segurado Carlos Roberto da Silva, em decorrência da utilização de número de benefício pertencente originariamente a outro segurado de

nome “Antônio Araújo” (fls. 51/52 e 72/75), e pelo Demonstrativo de Recebimentos Indevidos (fl. 70).

2. No que tange a autoria, verifica-se que a ocorrência de inúmeras irregularidades ocorridas nas concessões de benefícios anteriores, em que a ré atuou, não oferece ao Magistrado os elementos necessários a fundamentar um édito condenatório.

3. O MPF, em suas razões de apelo, salienta que a ré possui registro de inúmeros inquéritos policiais e ações ajuizadas, em trâmite perante a Justiça Federal, havendo, inclusive, condenação em primeiro grau, pela prática do mesmo tipo de delito tratado nestes autos (fl. 386). Porém, o só fato de ter a ré atuado no processo administrativo de concessão do benefício previdenciário em favor de Carlos Roberto da Silva, com o reaproveitamento indevido do protocolo de benefício (PDB) pertencente ao segurado “Antônio Araújo”, cujo processo já se encontrava encerrado e que possibilitou a retroação da data de início do benefício, gerando pagamentos retroativos indevidos em favor do segurado Carlos Roberto, não basta para que a ela seja atribuída a prática da conduta típica, a qual depende da efetiva demonstração de que tinha conhecimento da fraude (elemento subjetivo - dolo), e, em decorrência dessa conduta, tenha obtido vantagem econômica indevida.

4. Em outras palavras, a mera concessão do benefício indevido, no exercício da função de servidora pública, mesmo levando em conta a existência de vários outros processos de concessão de aposentadoria, exatamente com as mesmas irregularidades e peculiaridades, como aponta o Relatório de Missão Especial da Auditoria Regional do INSS às fls. 74/75, item 14, não pode ser considerada como prova apta a determinar a condenação da apelada, sem a comprovação de que agiu com o dolo inerente ao delito de estelionato.

5. E o que exsurge destes autos é que a apelada pode ter agido com imperícia e desídia, no desempenho de suas

funções, o que não demonstra, por si só, a perpetração do estelionato, podendo haver outras razões que servem para justificar a sua atuação nesse processo, como as condições precárias de trabalho no posto do INSS, falta de treinamento adequado, falibilidade do próprio sistema, fatores esses que foram levados em conta pela Douta Juíza de primeiro grau, ao prolatar a sentença absolutória.

6. *In casu*, em que pese o esforço com que atuou no processo, a acusação não conseguiu comprovar, de forma segura e incontroversa, que a ré agiu em conluio com o beneficiário Carlos Roberto, não se evidenciando o dolo exigido para a tipificação da conduta a ela imputada, estando os elementos coligidos nos autos a favorecê-la.

7. A única testemunha arrolada pela acusação trouxe a certeza sobre a materialidade delitiva, ficando comprovado que a aposentadoria foi concedida, aproveitando-se de protocolo anterior a data do requerimento do benefício em favor do segurado Carlos Roberto da Silva, tendo como consequência o recebimento indevido de atrasados em montante superior ao que seria pago se fosse observada, pela servidora do INSS, a data em que o benefício previdenciário foi efetivamente protocolado, fato que causou prejuízo à autarquia federal. Porém, não restou demonstrado que a servidora pública federal tinha plena consciência da ilicitude da conduta praticada e que com o segurado e beneficiário Carlos Roberto teria agido com conluio, visando a obtenção de vantagem indevida.

8. As testemunhas de defesa foram uníssonas no sentido de que ocorriam e ainda ocorrem falhas no sistema eletrônico do INSS, que cuida do setor de concessão de benefícios.

9. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, observa-se, portanto, que não há provas suficientes de que a apelada tinha consciência da ilicitude da conduta praticada e de que estava em conluio com o beneficiário Carlos Roberto da Silva, tendo agido com intenção de favorecê-lo e obtido em troca qualquer vantagem econômica indevida, restando

apenas demonstrado, nos presentes autos, que de fato formatou o pedido de benefício previdenciário, protocolizado pelo segurado Carlos Roberto, com o número de protocolo de outro segurado “Antônio Araújo”, cujo processo foi protocolizado com data anterior e já se encontrava findo, possibilitando que o segurado Carlos Roberto recebesse valores retroativos a que não tinha direito, auferindo vantagem econômica indevida.

10. O processo administrativo disciplinar concluiu pela responsabilização da servidora, entendendo que ela infringiu dever funcional previsto no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União - Lei 8.112/90 (artigo 116 e incisos), pois teria agido com imperícia e desídia no exercício de suas funções, mesmo que houvesse falhas operacionais e vulnerabilidade no sistema do INSS, pois a ela competia, quando do acesso ao sistema e ao operar todas as fases do procedimento concessório, fazer uma análise mais detida e aprofundada, antes de conceder o benefício previdenciário ao segurado Carlos Roberto, pois, ao trocar o número de protocolo desse novo processo (datado de 08/11/97) por outro anterior (datado de 18/09/97) e, inclusive, já findo - “benefício encerrado”, foi a responsável pela concessão do benefício previdenciário com contagem indevida de tempo retroativo, ocasionando pagamento de valores atrasados a que o beneficiário não tinha direito, causando prejuízo aos cofres do INSS, a configurar infração administrativa grave, tanto que culminou com a sua demissão a bem do serviço público, conforme ela mesmo informou em seu interrogatório a fl. 228. Todavia, nestes autos, não restou comprovada a infração penal que lhe foi imputada.

11. É de se ressaltar, como colocado pela acusação em suas razões de apelo a fl. 433, a impressionante quantidade de inquéritos policiais e ações judiciais em trâmite perante o primeiro grau de jurisdição a que responde a apelada, havendo, inclusive, uma condenação em primeiro grau, ainda

não transitada em julgado (fl. 386), sendo que todos os registros se referem a delitos de estelionato, como o que está sendo imputado à apelada, nestes autos. Mas, no que se refere, especificamente, a este feito, ao contrário do que alega a acusação em suas razões de apelo, não se coligiu elemento comprobatório da sua atuação dolosa.

12. A verdade é que a acusação, em que pese o esforço, não logrou produzir prova contundente e extreme de dúvidas sobre a conduta dolosa da apelada na prática delitativa que ora lhe é imputada.

13. Poderia o Ministério Público Federal, como titular da ação penal pública, ter requerido à autoridade judicial a quebra do sigilo fiscal (declaração de IR) e bancário (movimentações financeiras) da apelada, para que se pudesse verificar se possuía padrão de vida compatível com o salário auferido como servidora pública federal, ou se foram depositadas importâncias em dinheiro ou cheque, em sua conta bancária, por Carlos Roberto, único beneficiário com a conduta da apelada.

14. Observe-se que a ré, ora apelada, inclusive, declinou o número de sua agência e conta bancária, autorizando, expressamente, a quebra do seu sigilo bancário (fl. 329). Todavia, a acusação não tomou tais providências, não tendo nem sequer arrolado como testemunha o beneficiário do pagamento indevido de valores atrasados, Carlos Roberto da Silva. E a única prova testemunhal da acusação e documentos coligidos nos presentes autos não são suficientemente seguros a atestar o elemento subjetivo do tipo (dolo), por parte da apelada, apto a afastar a absolvição decretada em primeiro grau de jurisdição.

15. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Sentença de absolvição mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes

os acima indicados, *ACORDAM* os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em *negar provimento* ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, mantendo a sentença, de fls. 375/383.

São Paulo, 18 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pela JUSTIÇA PÚBLICA, em face de decisão proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP, que absolveu a ré RAQUEL BEATRIZ LEAL FERREIRA TERCEIRO da imputação contida no artigo 171, § 3º do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal (fls. 430/433).

Consta da denúncia que, no dia 08 de novembro de 1997, a denunciada Raquel Beatriz Leal Ferreira Terceiro, na qualidade de servidora pública do INSS, lotada no posto da Mooca, nesta cidade de São Paulo, obteve, em favor do segurado Carlos Roberto Silva, vantagem indevida, relativo a benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço, em detrimento da Autarquia Previdenciária. Ocorre que a denunciada, aproveitando-se do exercício da função pública, ingressou no sistema de processamento de dados da Previdência e adulterou o número do benefício de segurado de Carlos Roberto, atribuindo-lhe indevidamente a numeração de outro segurado de nome Antônio Araújo que havia protocolizado pedido em data anterior a dele, sendo que tal procedimento permitiu que o beneficiário Carlos usufrísse do benefício à data do protocolo de Antônio, ou seja, 18 de setembro de 1997, fazendo com que a data do início de seu benefício previdenciário retroagisse até 21 de junho daquele ano, data

da rescisão do último vínculo empregatício de Carlos, tendo sido pago retroativamente de forma indevida a este segurado o valor de R\$ 5.377,54 (cinco mil, trezentos e setenta e sete reais e cinquenta e quatro reais) (fls. 02/04).

A denúncia foi recebida em 13 de janeiro de 2003 (fl. 147).

A acusada teve sua revelia decretada a fl. 174, por não ter comparecido a audiência onde seria interrogada. A defesa apresentou sua defesa prévia, requerendo a designação de nova data para o interrogatório da ré em Juízo, justificando o não comparecimento devido a problemas de saúde (fls. 184/185).

Foi ouvida uma única testemunha de acusação (fls. 221/224), e as de defesa (fls. 230/232, 233/235 e 236/238), e tendo a ré Raquel Beatriz comparecido em Juízo nessa oportunidade, tendo sido interrogada antes da oitiva das testemunhas de defesa (fls. 226/229), tornando sem efeito a revelia anteriormente decretada.

Superada a fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, em que a acusação requereu a expedição de ofício à Divisão de Auditoria em Benefícios por Incapacidade, instruído com cópias do interrogatório da ré Raquel Beatriz, bem como de testemunhas arroladas pela defesa (também servidores públicos do INSS), para que o órgão respondesse se as alegações da ré e testemunhas ouvidas durante a instrução criminal espelhavam a realidade fática do INSS, e, por fim, requereu que fosse oficiado ao Cartório de Distribuidor da Justiça Federal, a fim de informar os números de feitos criminais nos quais as testemunhas de defesa eventualmente estivessem sendo processadas por crime de falso testemunho (fl. 241).

A defesa, por sua vez, juntou vários documentos, consistentes em cópias de Orientações Normativas do INSS, Laudo de Exame em Sistema de Informação e Boletins de Ocorrência de Autoria Desconhecida (fls. 246/268), e, por fim, requereu a expedição de ofício à sede da DATAPREV, no Rio de Janeiro, com para informar se dispõe de cópias de segurança dos dados relativos ao benefício que deu origem a presente ação penal, com a finalidade de eventual perícia, a fim de apurar falhas no sistema

de informática da Previdência Social (fl. 245), tendo sido deferidos, pelo Douto Juiz “a quo”, ambos os pedidos (fl. 269), e as respostas ao Juízo foram juntadas às fls. 272/283 e 298/301.

Em alegações finais, a acusação pediu a condenação da ré, nos termos da denúncia (fls. 304/307). A defesa, por sua vez, bateu-se pela absolvição (fls. 318/324).

Às fls. 328/329 a defesa apresentou uma autorização expressa, ao Juízo, de quebra de sigilo bancário da ré (fls. 328/329), o que foi indeferido pela douta Juíza, eis que a defesa não informou a data exata do extrato bancário que pretendia ver juntada aos presentes autos (fl. 338).

A sentença absolutória foi prolatada às fls. 422/427 e foi publicada em 30/06/2006 (fl. 428).

Em razões de apelação (fls. 430/433), propugnou a acusação pela reforma da sentença absolutória, requerendo a condenação da ré, alegando o *Parquet* federal, em apertada síntese, que:

a)- há, nos autos, prova suficiente para a condenação da apelada, uma vez que, conforme consta do documento de fl. 42, oriundo do INSS, a concessão do benefício em questão foi realizada única e exclusivamente pela acusada, o que comprova a autoria delitiva;

b)- a ré agiu com dolo, pois, de acordo com informações constantes nos autos, foi afastada a hipótese de ocorrência de erro no sistema do INSS (fl. 222), não prosperando o argumento, do qual a ré tentou utilizar para se eximir da responsabilidade penal;

c)- Ainda como elemento comprobatório da atuação dolosa da acusada, verifica-se a existência de inúmeros processos e inquéritos policiais pelos mesmos fatos, havendo, inclusive, condenação em razão da prática do mesmo tipo de delito de que aqui se trata, a caracterizar o dolo de sua parte;

d)- Dada a reiteração da conduta, indicativo de que a ré não agiu apenas com negligência, mas plenamente consciente da fraude perpetrada contra o INSS, em levando e conta que a própria autarquia federal já havia mencionado o envolvimento da acusada em fraudes anteriores, na concessão de outros benefícios previdenciários, chega-se à conclusão clara de que ela atuou com

a vontade livre e consciente de auxiliar o segurado na obtenção da vantagem indevida.

Com as contra-razões (fls. 437/441), subiram os autos a esta Egrégia Corte Regional, onde o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso da acusação, com a decretação da condenação da acusada à pena prevista no artigo 171, *caput* e § 3º do Código Penal (fls. 443/447).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

A materialidade do delito restou comprovada, por meio da Representação Criminal do INSS, instaurada a fim de apurar a “Concessão Indevida de Benefício Previdenciário”, e pela farta prova documental que a acompanha (fls. 08/81), em especial, pelo requerimento de aposentadoria do segurado Carlos Roberto da Silva, protocolizado em 18/09/1997 (fl. 15), pela declaração da empresa “Tecnofomas Indústria Gráfica Ltda.” datada de 14/10/1997 (fl. 27), ou seja, com data posterior a do início do processo de concessão de benefício ao segurado, ficando comprovado, nos autos, que foi considerada a data de início mais favorável ao segurado para a realização do pagamento retroativo indevido, pelas informações contidas na Tela de Auditoria, que comprovam que houve a obtenção de vantagem indevida em favor do segurado Carlos Roberto da Silva, em decorrência da utilização de número de benefício pertencente, originariamente, a outro segurado, de nome “Antônio Araújo” (fls. 51/52 e 72/75), e pelo Demonstrativo de Recebimentos Indevidos (fl. 70).

No que tange a autoria, verifico que a ocorrência de inúmeras irregularidades ocorridas nas concessões de benefícios em que a ré atuou, por si só, não oferece ao Magistrado os elementos necessários a fundamentar o édito condenatório.

O Ministério Público Federal, em suas razões de apelação, salienta que a ré Raquel Beatriz Leal Ferreira Terceiro possui registro de inúmeros inquéritos policiais e ações ajuizadas, em trâmite perante a Justiça Federal, havendo, inclusive, condenação em primeiro grau, pela prática do mesmo tipo de delito tratado nos presentes autos (fl. 386). Porém, o só fato de ter a ré atuado no processo administrativo de concessão do benefício previdenciário em favor de Carlos Roberto da Silva, com o reaproveitamento indevido do protocolo de benefício (PDB) pertencente ao segurado “Antônio Araújo”, cujo processo já se encontrava encerrado, o que possibilitou a retroação da data de início do benefício, gerando pagamentos retroativos indevidos em favor do segurado Carlos Roberto, não basta para que a ela seja atribuída a prática da conduta típica, a qual depende da efetiva demonstração de que tinha conhecimento da fraude (elemento subjetivo - dolo), e, em decorrência dessa conduta, tenha conseguido a vantagem econômica indevida.

Em outras palavras, a mera concessão do benefício indevido, no exercício da função de servidora pública, mesmo levando em conta a existência de vários pedidos de concessão de aposentadoria exatamente com as mesmas irregularidades e peculiaridades, como aponta o Relatório de Missão Especial da Auditoria Regional do INSS às fls. 74/75, item 14, não pode ser acolhida como prova inconteste, apta a determinar a condenação da apelada, sem a comprovação de que ela agiu com o dolo inerente ao delito de estelionato.

E o que exsurge destes autos é que a apelada pode ter agido com imperícia ou, mesmo, desídia no desempenho de suas funções. Mas tal não basta a demonstrar a prática do estelionato, podendo ter havido outras razões que servem para justificar a sua atuação nesse processo, como as condições precárias de trabalho no posto do INSS, falta de treinamento adequado, falibilidade do próprio sistema, fatores esses que foram levados em conta pela Douta Juíza de primeiro grau, ao prolatar a decisão absolutória, em primeiro grau de jurisdição.

In casu, em que pese o esforço com que atuou no processo, a acusação não conseguiu comprovar, de forma segura e incontroversa, que a ré agiu em conluio com o beneficiário Carlos Roberto, não se evidenciando o dolo exigido para a tipificação da conduta a ela imputada, estando os elementos coligidos nos autos a favorecê-la.

Com efeito, a apelada Raquel Beatriz, quando interrogada em Juízo, afirmou que (fls. 226/229):

“(...) Em relação aos fatos afirma que houve problemas e não má fé. Quem dá numeração aos benefícios é o próprio sistema, não podendo ser feito de forma manual. O sistema, diversas vezes, numerou processos novos com números de processos encerrados ou concedidos. A ‘baixa por simples contagem de tempo de serviço’ foi feita por orientação superior, com a finalidade de baixar números da estatística em relação a processos em que se aguardava novas orientações em função de novas leis. No posto havia pouca gente para atender muitos segurados. A interroganda relatou dois processos sobre o ocorrido, o que foi desconsiderado pela inspetoria. Estava sendo pensado um despacho padrão para todos os casos semelhantes, mas não houve tempo para aplicá-lo, pois a inspetoria chegou e retirou todos os processos. Respondeu a processo administrativo, findo o qual foi demitida em 06 de setembro de 2004. Das testemunhas conhece AGNALDO, que participou da inspetoria. A inspetoria era composta de pessoas que não eram funcionários do INSS, não tendo experiência com concessão de benefícios. Não acha que as testemunhas possam querer prejudicá-la. Responde a processos criminais por fatos semelhantes. Ressalta que não houve fraude nem má fé. (...) Já foi absolvida em dois processos, nunca tendo sido condenada. A fiscalização no posto da Mooca iniciou-se a partir da denúncia de um funcionário do escritório de CÉSAR TOLENTINO, o qual atuava pleiteando benefícios. Essa denúncia mencionava

envolvimento de TOLENTINO com funcionários do posto, o que traria facilidades a TOLENTINO. (...) *A interroganda não tinha como verificar imediatamente se o número fornecido pelo sistema já havia ou não sido utilizado anteriormente. Esclarece que a utilização de números antigos poderia acarretar a concessão retroativa de benefícios. Soube que esse problema com o sistema aconteceu no posto da Mooca e em outros postos também.* Todos os funcionários do posto da Mooca que atendiam segurados estão sendo processados por fatos semelhantes.” (os destaques são nossos).

A única testemunha arrolada pela acusação trouxe a certeza sobre a materialidade delitiva, ficando comprovado que a aposentadoria foi concedida, aproveitando-se de protocolo anterior a data do requerimento do benefício em favor do segurado Carlos Roberto da Silva, tendo como consequência o recebimento indevido de verbas atrasadas em montante superior ao que seria pago, se fosse observado pela servidora do INSS a data em que o benefício previdenciário foi efetivamente protocolado, fato que causou prejuízo à autarquia federal. Porém, não restou demonstrado que a servidora pública federal Raquel Beatriz tinha plena consciência da ilicitude da conduta praticada e se, com o segurado e beneficiário Carlos Roberto teria agido em conluio, visando a obtenção da vantagem indevida.

É o que se infere do depoimento da única testemunha de acusação, José Custódio Lourenço, que foi contratado pelo INSS para prestar serviços de auditoria, que, em seu depoimento prestado em Juízo, confirmou o reaproveitamento do número de protocolo de requerimento já encerrado e das irregularidades constatadas pela auditoria do INSS, e discorreu sobre os procedimentos necessários, que deveriam ter sido adotados pelos servidores; e o funcionamento do sistema utilizado pelo INSS para a concessão do benefício previdenciário, sem, porém, apontar ou, no mínimo, insinuar qualquer facilitação na concessão retroativa do benefício em favor do segurado Carlos Roberto da Silva, por

parte da servidora pública federal, ora apelada. Confira-se seu depoimento, às fls. 221/224 dos autos, *in verbis*:

“(…) Que confirma o que consta do relatório da inspetoria de fls. 72/75, que subscreveu; que os trabalhos da auditoria no posto da Mooca tiveram início a partir da denúncia feita por um rapaz de um escritório de contabilidade, segundo o qual havia facilitação indevida na concessão de benefícios no referido posto do INSS; que participou da auditoria externa e, no exercício dessa atividade, *verificou duas espécies de irregularidade que implicavam a retroação da data do início dos pagamentos dos benefício; que a primeira dessas irregularidades era implementada em benefícios requeridos por intermédio dos correios e consistia na apresentação de documentos com data muito posterior ao do aviso de recebimento do requerimento no posto; que a outra irregularidade consistia em reaproveitamento de números de requerimentos cancelados no sistema; que o envio pelo correio em si não era irregular, mas sim a apresentação de documentos com data posterior; que o posto, ao receber a correspondência com o requerimento, deveria, no prazo máximo de 10 dias, convocar o segurado para comparecer, em até 60 dias, apresentando os documentos; que a data da entrada do requerimento, para fins de verificação da data de início do benefício, confundia-se com a data do aviso de recebimento nos casos em que o requerimento chegava ao posto pelos correios; que não se recorda do número de funcionários do posto da Mooca, mas havia reclamação de déficit a respeito; que não sabe a quantidade de requerimentos de benefícios no posto da Mooca na época do fato descrito na denúncia; que a gerência Brás do INSS, ao qual o posto da Mooca estava subordinado, era considerado padrão de eficiência no Estado de São Paulo; que o reaproveitamento de número de requerimento encerrado era sempre irregular, porquanto cada requerimento deveria necessariamente receber um novo número; que normalmente os*

funcionários do setor de concessão de benefícios tinham, no sistema, acesso a todas as fases do procedimento; que o sistema utilizado pelo INSS na época era extremamente vulnerável e qualquer servidor, desde que munido da senha exigida, poderia alterar dados de qualquer benefício; que segundo soube a DATAPREV descartou qualquer possibilidade de falha no sistema que tenha levado ao reaproveitamento automático do número de benefícios encerrados; que nos requerimentos enviados por meio dos correios normalmente os segurados tinham condições de se aposentar na data constante do aviso de recebimento e o que se entendeu indevido foi a retroação da data de início de pagamentos, sem que o segurado tenha manifestado sua vontade em tal sentido; que, similarmente, no caso de reutilização de número de benefício encerrado, o segurado normalmente tinha reunidas condições para se aposentar, mas essa reutilização implicava a retroação indevida da data de início de pagamento, causando prejuízo ao INSS; que a ré participou de outros procedimentos concessórios em que foram deferidos benefícios indevidamente, nas formas explicitadas nesse depoimento; que o INSS deveria providenciar a concessão dos benefícios regularmente requeridos em regra no prazo máximo de 45 dias, transcorridos os quais ficava na obrigação de pagar correção monetária e juros de mora; que vários postos não respeitavam esse prazo, demorando às vezes até um ano para proceder a concessão; que no caso de benefícios concedidos irregularmente, os prazos eram habitualmente muito mais exíguos, indo de cinco a dez dias; que observando os documentos de fls. 42/43, pode constatar que o benefício descrito na presente ação criminal foi concedido no mesmo dia em que requerido. (...) que não era servidor do INSS, mas foi contratado para prestar serviços na Inspeção, órgão subordinado diretamente ao Ministério da Previdência; que antes de iniciar os serviços de inspeção, recebeu treinamento durante dois meses para

aprender a verificar a regularidade da documentação apresentada com o requerimento de benefício; que durante esse treinamento tomou conhecimento da CANSB; que nunca participou de procedimentos concessórios de benefícios; que não sabe se houve perícia nos equipamentos de informática do posto da Mooca; que não sabe se houve furto ou roubo de equipamentos de informática em postos do INSS (...) que os benefícios encerrados eram gênero que compreendiam duas espécies, a saber, procedimentos que culminavam com a mera contagem de tempo de serviço e procedimentos em que o segurado não cumpria exigência no prazo fixado; que enquanto os trabalhos da Inspeção estavam em curso, fez treinamento na DATA-PREV para aprender os trâmites do procedimento concessório; que na época da Inspeção os servidores não reclamavam de falhas no sistema de informática; que esse sistema era atualizado periodicamente, mas os equipamentos eram antigos.” (destaquei).

Por sua vez, a testemunha de defesa, Lourde-Ney de Jesus Torres Sampaio, servidora público do INSS, em seu depoimento prestado em Juízo, asseverou que não houve treinamento específico aos servidores para operar o sistema eletrônico e que os equipamentos de informática do INSS eram obsoletos, e, por fim, discorreu sobre a falibilidade e vulnerabilidade do próprio sistema que foi implantado. Confira-se seu depoimento, constante de fls. 230/232 dos autos:

“(...) A depoente conhece a acusada RAQUEL porque trabalhou com ela no posto do INSS da Mooca. Que a depoente é ré em processo criminal decorrente de concessão irregular de benefício, mas os fatos são diversos do que cuida a presente ação. *Afirma que em outubro de 1996 foi implantado o PDB eletrônico, segundo o qual o computador fornecia a numeração ao processo do segurado, sendo que esta numeração não aparecia em ordem*

cronológica. O funcionário não tinha como escolher o número do benefício. Não houve treinamento sobre o PDB eletrônico, tendo havido apenas uma reunião. Não sabe precisar o número do processo que eram iniciados no posto, sobretudo porque quando havia alguma alteração de benefício previdenciário por parte do Governo os segurados compareciam ao posto em maior volume. Quando havia queda no sistema, podia ocorrer duplicidade de números de processos, o que ocorre até hoje, sendo que tal fato apenas foi constatado posteriormente pela inspetoria. Também ocorria de, por vezes, aparecerem segurados com a carta de concessão de benefício nas mãos mas, quando consultado no sistema, o número do benefício pertencia a outra pessoa. Tal fato resultava da existência de uma central de habilitação de benefícios que utilizava a numeração do posto. Nunca soube de qualquer irregularidade praticada pela acusada ou mesmo de qualquer fato que desabonasse sua conduta. O INSS não tem uma seção de arquivos dos processos encerrados, de modo que todos os funcionários tem acesso a eles. Antes mesmo do PDB eletrônico já havia problemas com a numeração dos processos, tendo ocorrido uma ocasião em que a própria DATAPREV encaminhou número em duplicidade. Esclarece que não há como saber qual a numeração que será disponibilizada para determinado posto. Não sabe porque a duplicidade ocorria com processos encerrados. Os funcionários sabiam que havia problemas no sistema, mas não sabiam exatamente quais eram esses problemas, os quais apenas foram identificados pela inspetoria. (...) Os requerimentos encerrados, denominados na praxe ‘benefícios encerrados’, decorrem da falta de atendimento de diligências pelo segurado no prazo fixado pela autarquia. Os equipamentos utilizados pelo INSS nunca foram de primeira geração. Houve roubo de equipamentos de informática em algumas agências do INSS, dentre elas a da Mooca, a do Brás e a de Vila Maria. (...) que não arrolou a ré como

testemunha no processo criminal em que figura no pólo passivo. *Na época do fato descrito na denúncia, o sistema do INSS era vulnerável ao ingresso de servidores que desejassem alterar os dados dos benefícios constantes.*” (destaquei).

A outra testemunha de defesa, Márcia Helena Rodrigues Santos, servidora pública do INSS, da mesma forma, afirmou que ocorriam e ainda ocorrem problemas no sistema eletrônico - PDB do INSS, sendo tal sistema falho e vulnerável, conforme se vê de seu depoimento em Juízo, às fls. 233/235, do qual transcrevo os seguintes excertos, *in verbis*:

“(...) A depoente trabalhava com a acusada RAQUEL no posto do INSS da Mooca no setor de concessão de benefícios. Afirma que havia e ainda há problemas no sistema do PDB eletrônico. O funcionário habilitava o benefício e somente no momento da formatação é que percebia que havia um número para dois segurados. Esse problema persiste até hoje, havendo um caso recente no posto de Vila Prudente. O sistema do INSS, na época do fato descrito na denúncia, era vulnerável à alteração de dados, inclusive no que toca a identificação do segurado, data de entrada de requerimento, dados utilizáveis para utilização do benefício, etc. Esclarece que atualmente é mais fácil perceber o erro, sendo que no passado, por vezes, o problema passava sem ser percebido. Sabe que os problemas do sistema ocorreram certamente após 1994, quando a inspetoria já atuava no posto, não podendo afirmar quanto ao período anterior porque iniciou seu trabalho naquele local em 1994. Os problemas que eram constatados no sistema eram levados à DATAPREV. Afirma que a numeração era destinada aos postos em blocos de números, dentro dos quais havia uma ordem cronológica. Assim havia uma numeração em seqüência por um determinado número de benefícios e depois havia um outro bloco de

numeração diferente da anterior. Esclarece que os blocos não continham a mesma quantidade de números, que era variável. Todos os dias são feitos relatórios acerca dos benefícios e sua numeração, os quais são encaminhados à DATAPREV. *Os funcionários tinham acesso aos processos encerrados porque estes ficavam no arquivo e consistiam em pastas de documentos. ‘Benefício encerrado’ era a expressão utilizada, inclusive no sistema, para designar os requerimentos que não eram apreciados em razão de falta de atendimento, pelo segurado, de diligência que lhe era requerida; que não é ré em qualquer ação criminal. (...) que o simples requerimento de contagem de tempo de serviço, desde a origem assim formulado, não gerava comando de benefício encerrado.”* (destaquei).

E, por fim, o depoimento da outra testemunha de defesa, Ana Maria de Souza Sasso, servidora pública do INSS, que confirmou as versões oferecidas pela apelada e pelas demais testemunhas, acima transcritos, no sentido de que ocorriam e ainda ocorrem falhas no sistema eletrônico do INSS, que cuida do setor de concessão de benefícios. Confira-se, às fls. 236/238, dos autos:

“(...) A depoente trabalhava e ainda trabalha no INSS, sendo chefe do posto da Mooca na época dos fatos e a acusada RAQUEL era sua funcionária. Nunca teve problemas com funcionários, com fraudes, sendo que a acusada sempre se comportou normalmente. Afirma que havia problemas no computador, que ocorreram inclusive com a depoente. Não se recorda do nome do segurado CARLOS ROBERTO DA SILVA. Desde que o sistema foi implantado, não é possível que o funcionário escolha o número que será dado ao segurado, o que ocorre automaticamente. A numeração é dada aleatoriamente pelo computador sem ordem cronológica. A depoente, assim como todos os funcionários do posto da Mooca, responde a processo criminal por fatos semelhantes. Caso

o segurado X fornecesse seu número, o funcionário poderia acessar o computador, mas encontraria o nome do segurado Y que o substituiu, o que o obrigaria a procurar o processo do segurado X. Se o funcionário acessasse o nome do segurado Y, o número que apareceria seria o de X. Apenas restariam os registros impressos ou escritos do segurado X, desaparecendo do computador todas as informações a seu respeito. Tanto que o segurado X ficaria sem número. Não houve qualquer comunicação dos funcionários do posto ao Ministério porque tais problemas não eram identificados, sendo certo também que qualquer dúvida a respeito dos computadores era sanada com a DATAPREV. Não sabe a razão de o número substituído pertencer sempre a processos encerrados e não em andamento. Os documentos dos processos encerrados ficaram arquivados no posto. *O funcionário não podia escolher o número a ser colocado no benefício, o qual era dado automaticamente pelo computador, sendo que tal fato ocorria também em outros postos. O sistema do INSS era invulnerável e só podia ser acessado para alteração de dados em procedimento de revisão, decorrente de erro nos dados existentes. Na época dos fatos, os funcionários não sabiam que, em caso de queda no sistema, acabavam reaproveitando um número de benefício já existente gerando duplicidade, vez que tal fato apenas foi constatado pela inspetoria posteriormente. Atualmente ainda ocorre esta falha no sistema.* Concedido o benefício não seria possível que funcionário acessasse o número de um segurado e fizesse alterações no processo, sendo que, caso não tivesse ainda sido concedido, poderia alterar apenas dados pessoais. Neste último caso, seria possível alterar o nome do segurado, mas essas alterações ficariam registradas no sistema. *‘Benefício encerrado’ era a expressão utilizada para designar requerimentos findos de contagem de tempo de serviço ou requerimentos não apreciados por falta de atendimento de diligência pelo segurado. O número do requerimento de*

contagem de tempo sempre teve parâmetro diverso do requerimento de benefício, razão pela qual era impossível reaproveitar o número de uma finalidade para outra.” (destaquei).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, observo, portanto, que não há provas suficientes de que a apelada tinha consciência da ilicitude da conduta praticada e de que ela atuava em conluio com o beneficiário Carlos Roberto da Silva, tendo agido com intenção de favorecê-lo e obtido em troca qualquer vantagem econômica indevida, restando apenas demonstrado, nos presentes autos, que, de fato, formatou o pedido de benefício previdenciário, protocolizado pelo segurado Carlos Roberto, com o número de protocolo de outro segurado “Antônio Araújo”, cujo processo foi protocolizado com data anterior e já se encontrava findo, possibilitando que o segurado Carlos Roberto recebesse valores retroativos a que não tinha direito, auferindo vantagem econômica indevida.

No processo administrativo disciplinar a que ela respondeu, concluiu-se pela sua responsabilização, por infringência a dever funcional previsto no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União - Lei 8.112/90 (artigo 116 e incisos), por ter ela agido com imperícia e desídia no exercício de suas funções, vez que a ela competia, quando do acesso ao sistema, e ao operar todas as fases do procedimento concessório, fazer uma análise mais detida e aprofundada, antes de conceder o benefício previdenciário ao segurado Carlos Roberto, pois, ao trocar o número de protocolo desse novo processo (datado de 08/11/97) por outro anterior (datado de 18/09/97) e, inclusive, já findo - “benefício encerrado”, foi a responsável pela concessão do benefício previdenciário, com contagem indevida de tempo retroativo, ocasionando pagamento de valores atrasados a que o beneficiário não tinha direito, causando prejuízo aos cofres do INSS, a configurar infração administrativa grave, tanto que culminou com a sua demissão a bem do serviço público, conforme ela mesmo informou, em seu interrogatório, a fl. 228.

Todavia, nestes autos, não se comprovou a infração penal que lhe foi imputada.

Como bem argumentou a Douta Magistrada de primeiro grau, na sentença, às fls. 426/427:

“(…) No caso dos autos, pelo que acima se expôs, ficaram demonstradas as seguintes elementares da infração: a obtenção da vantagem (valores referentes à percepção de atrasados de aposentadoria) e o caráter ilícito daquela (decorrente de retroação da data de início do benefício, pela substituição do protocolo). Demonstrou-se, ainda, ter sido o auferimento possibilitado por Raquel Beatriz, servidora que efetuou no sistema o aproveitamento do protocolo anterior. Todavia, não ficou caracterizada a tipicidade subjetiva do delito, pela ausência de comprovação de dolo, elemento cuja presença é imprescindível para configuração do tipo penal do estelionato, o qual não comporta modalidade culposa. Noutros termos, verifico que há, nos autos, qualquer evidência a demonstrar que a servidora tivesse agido com a vontade livre e consciente de obter vantagem econômica indevida, com a utilização de meio ardiloso ou fraudulento para a obtenção de tal finalidade. Nesse ponto, saliento, também, que *não existe nenhum indício que permita estabelecer um elo de ligação entre Raquel Beatriz e o segurado beneficiado, que justificasse a argumentação de ter aquela agido com a intenção deliberada de favorecê-lo, não sendo razoável supor-se que, por atuação espontânea e sem qualquer contraprestação, concedesse atrasados indevidos*. Cabe observar, ainda, que a eventual desídia ocorrida quando do processamento da documentação não pode ser içada à condição de prova do comportamento, mormente em se considerando as condições precárias de trabalho no posto do INSS, de conhecimento geral e notório, bem como a falibilidade do próprio sistema, confirmadas pelas testemunhas de acusação e de defesa (fls. 221/224, 230/232, 233/235 e 236/238). Nessa

ordem de idéias, *é possível que tenha havido negligência na formatação do pedido, mas aquela, se é suficiente para propiciar a punição administrativa, não o é para atribuir à servidora a prática da infração penal, a qua, repita-se, só admite a modalidade dolosa.* Por todos esse motivos, considero não ter ficado comprovado a tipicidade subjetiva da conduta praticada.” (os negritos são nossos).

É de se ressaltar, como colocado pela acusação em suas razões de apelo a fl. 433, a impressionante quantidade de inquéritos policiais e ações judiciais em trâmite perante o primeiro grau de jurisdição, a que responde a apelada (fls. 160, 161, 162, 163/164, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358/359, 363/364, 384, 386, 389, 393, 400, 401, 404, 406, 409, 413, 414 e 416) havendo, inclusive, uma única condenação em primeiro grau de jurisdição, ainda não transitado em julgado (fl. 386), sendo que todos os registros se referem a delitos de estelionato, como o que está sendo imputado à apelada, nestes autos. Mas, no que se refere, especificamente, a estes autos, ao contrário do que alega a acusação em suas razões de apelo, a prova não serve por si só, como elemento a atestar a atuação dolosa da apelada.

A verdade é que a acusação, em que pese o esforço, não logrou produzir prova contundente e extreme de dúvidas sobre a conduta dolosa da apelada, na prática delitiva que ora lhe é imputada.

Poderia o Ministério Público Federal, na condição de titular da ação penal pública, ter requerido à autoridade judicial a quebra do sigilo fiscal (declaração de IR) e bancário (movimentações financeiras) da apelada, para que se pudesse verificar se possuía padrão de vida compatível com o salário auferido como servidora pública federal, ou se foram depositadas importâncias em dinheiro ou cheque, em sua conta bancária, por Carlos Roberto, único beneficiado com a conduta da apelada.

Observe-se que a ré, ora apelada, inclusive, declinou o número de sua agência e conta bancária, autorizando expressamente a quebra do seu sigilo bancário (fl. 329). Todavia, a acusação

não tomou tais providências e nem sequer arrolou como testemunha o beneficiário do pagamento indevido de valores atrasados, Carlos Roberto da Silva. Houve a oitiva de uma única testemunha de acusação, além dos documentos coligidos, o que não basta a atestar o elemento subjetivo do tipo (dolo), por parte da apelada, apto a afastar a absolvição decretada em primeiro grau de jurisdição.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0000393-54.2006.4.03.6123
(2006.61.23.000393-2)

Apelante: ROGÉRIO ALESSANDRO DE MELLO BASALI
Apelado: LUIS CARLOS CANDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 29291
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/10/2010

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DA LEI DE IMPRENSA. CALÚNIA E INJÚRIA. NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADPF Nº 130. FATOS QUE SE ENQUADRAM NOS TIPOS DO ARTIGO 138 E 140 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DA VERDADE. PROVAS NÃO PRODUZIDAS. DIFAMAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CABIMENTO. PROPOSTA NEGADA DE FORMA MOTIVADA. PRERROGATIVA DO QUERELANTE. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE E PRECLUSÃO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA. DEFESA INTIMADA VIA PUBLICAÇÃO ELETRÔNICA. PROVA NÃO INVOCADA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADES AFASTADAS. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CRITÉRIOS. MULTA. APELO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, considerou a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.
2. A decisão de inequívocos efeitos gerais não impossibilita a desclassificação dos fatos narrados na queixa-crime

- a outros tipos penais que os comportem, notadamente aqueles previstos nos artigos 138 e 140 do Código Penal, que veiculam os delitos de calúnia e injúria, respectivamente.
3. Na hipótese vertente, verificado o trânsito em julgado para a acusação, tem-se o transcurso do prazo prescricional relativo ao delito de injúria, aferido com base na pena concretamente imposta na sentença, a contar do último marco interruptivo, que é a publicação da decisão condenatória.
 4. O incorreto processamento de exceção da verdade, sem a colheita das provas requeridas pelo querelado, não acarretou qualquer prejuízo à defesa no caso em apreço, porquanto as imputações fáticas, cuja veracidade o excipiente buscava comprovar e que se limitavam à acusação de difamação, foram consideradas atípicas na sentença, não havendo de se falar em nulidade.
 5. A suspensão condicional do processo é aplicável às ações penais privadas quando a soma das penas mínimas cominadas aos delitos praticados em concurso material ou a exasperação decorrente do cúmulo formal não ultrapassa o limite de 01 (um) ano, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.
 6. Todavia, o oferecimento da proposta de aplicação do instituto despenalizador incumbe exclusivamente ao querelante, sendo que a recusa infundada deve ser alegada na primeira oportunidade que a defesa tiver para se pronunciar nos autos, sob pena de preclusão. Precedente do STF.
 7. Não se vislumbra de nulidade processual se a defesa foi previamente intimada, por meio de publicação eletrônica, da expedição de carta precatória para a colheita de prova testemunhal requerida pela acusação.
 8. Ademais, a nulidade decorrente da irregular intimação é de natureza relativa, requerendo alegação em tempo oportuno e demonstração do prejuízo para a defesa, situação que não se verifica nos autos.
 9. Comprovada a materialidade do crime capitulado no

artigo 138 do Código Penal, bem como a autoria delitiva imputada ao querelado.

10. Constatado, outrossim, o dolo do apelante em propalar o artigo de conteúdo calunioso, atingindo a honra objetiva do querelante.

11. As graves consequências que redundam da articulação de denúncias infundadas em face de autoridades públicas já foi valorada negativamente pelo legislador ao prever a causa de aumento do artigo 141, inciso II, do Código Penal, não podendo ser empregada na primeira fase da dosimetria penal, sob pena de configurar *bis in idem*.

12. Substituída, de ofício, a pena de multa prevista no diploma revogado, que restou aplicada na sentença, por aquela veiculada pelo preceito secundário do artigo 138 do Código Penal, de menor rigor.

13. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, nego provimento ao recurso de apelação e, de ofício, declaro a extinta a punibilidade do querelado relativamente ao delito de injúria, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, desclassifico os fatos para o crime do artigo 138 do Código Penal, reduzo a pena-base imposta em relação a esse delito e substituo a pena de multa prevista na Lei de Imprensa por aquela capitulada no preceito secundário do referido tipo, tornando definitiva a condenação em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 26 (vinte e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): *DESCRIÇÃO FÁTICA*: Trata-se de queixa-crime oferecida por *LUIS CARLOS CANDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA* em desfavor de *ROGÉRIO ALESSANDRO DE MELLO BASALI*. Narra a exordial acusatória que o querelado fez publicar, na edição do dia *03 de janeiro de 2006* do periódico “Gazeta Bragantina”, manifestação de caráter ofensivo à honra subjetiva e objetiva do querelante, inclusive envolvendo as funções desempenhadas por este na qualidade de Juiz Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. A queixa-crime foi recebida em *03.07.2006* (fls. 472/480). *Imputação legal: artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa)*.

SENTENÇA (fls. 843/877): publicada em *08.06.2007* (fls. 878), julgou procedente, em parte, a queixa-crime, para *condenar ROGÉRIO ALESSANDRO DE MELLO BASALI*, pela prática dos delitos capitulados nos artigos 20 e 22 da Lei nº 5.250/67, à pena de *03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) salários mínimos vigentes à data do fato*. A pena privativa de liberdade restou substituída por duas restritivas de direitos, a saber: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo período equivalente à pena privativa de liberdade substituída, em condições a serem estabelecidas pelo juízo das execuções penais; b) limitação de fim de semana, a ser cumprida em estabelecimento adequado indicado pelo juízo das execuções penais.

APELANTE (ROGÉRIO ALESSANDRO DE MELLO BASALI - fls. 911/924): postula pela reforma da r. sentença, de modo que seja absolvido da acusação ou, subsidiariamente, seja reduzida a pena imposta, aos seguintes argumentos: a) que se configurou cerceamento de defesa, porquanto as provas requeridas em sede de exceção de verdade não foram produzidas; b) que o processo deve ser anulado ante a ausência de proposta de suspensão condicional do processo; c) que o apelante não foi intimado pessoalmente da expedição da carta precatória para a oitiva de testemunha

de acusação, o que impinge vício de nulidade ao ato instrutório; *d*) que o apelante não autorizou a publicação do artigo no jornal “Gazeta Bragantina”, o que afasta a incidência do tipo penal, nos termos do artigo 37 da Lei de Imprensa; *e*) que a ausência de autorização também afasta o dolo, inclusive na modalidade eventual.

CONTRARRAZÕES: O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** apresentou as contrarrazões recursais às fls. 931/938, requerendo a parcial procedência da apelação interposta pela defesa, para o fim de que se reconheça o cerceamento de defesa decorrente da não oitiva de testemunhas arroladas na exceção de verdade.

CONTRARRAZÕES: O querelante apresentou as suas contrarrazões recursais às fls. 1005/1014, pugnando pelo improvimento do apelo.

PARECER DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA (*Dra. Maria Iraneide O. Santoro Facchini*): opinou pelo não conhecimento, por intempestividade, do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento.

Em decisão monocrática proferida às fls. 1106, o recurso deixou de ser conhecido, em razão da constatação de que a interposição se deu em intempestivamente. Contra essa decisão, o querelado interpôs agravo regimental (fls. 1148/1155), o qual, todavia, restou prejudicado ante a reconsideração da decisão agravada (fls. 1158).

É o relatório. Dispensada a revisão, na forma regimental.
Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Inicialmente, convém consignar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, considerou a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

A decisão, de inequívoca repercussão no caso em apreço, poderia levar, num primeiro momento, a se cogitar da atipicidade dos fatos narrados na queixa-crime. Todavia, não se pode afastar,

liminarmente, a possibilidade do enquadramento da conduta abstratamente imputada ao querelado em outro tipo penal, notadamente aqueles concernentes aos crimes contra a honra, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal, sem que disso decorra qualquer prejuízo para a defesa, que deve se defender dos fatos, independentemente de sua qualificação jurídica. Nesse sentido, há precedente do Supremo Tribunal Federal:

“(...) O Pleno desta Corte decidiu que a Lei nº 5.250/67 [Lei de Imprensa] não foi recepcionada pela Constituição do Brasil [ADPF nº 130, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 6.11.09]. Daí aplicar-se tipificação semelhante contida no CP, atinente aos crimes de calúnia, injúria e difamação. (...)”

(STF, Pleno, Inq nº 2503/SP, Rel. Min. EROS GRAU, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010)

A assertiva se coloca como necessária apenas para justificar o julgamento do presente recurso, não devendo ser interpretada como apreciação antecipada do mérito da ação penal.

DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO DELITO DE INJÚRIA

Conforme assente entendimento jurisprudencial, a fração de aumento decorrente do concurso formal de crimes não pode ser empregada para o cômputo do prazo prescricional.

Na hipótese, a pena cominada concretamente na sentença relativamente ao delito de injúria foi de 6 (seis) meses de detenção. Portanto, o prazo prescricional para a hipótese, ante o teor do artigo 109, inciso VI, do Código Penal, na redação dada à época dos fatos, é de 02 (dois) anos.

Uma vez que operado o trânsito em julgado para o querelante e considerando que desde a publicação da sentença condenatória (08.06.2007 - fls. 878), último marco interruptivo, decorreu tempo superior a 02 (dois) anos, tenho por operada a prescrição

da pretensão punitiva em relação a este delito, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal.

Assim sendo, declaro a extinção da punibilidade do querelante em relação ao delito, remanescendo, todavia, sua punibilidade relativamente ao crime de calúnia.

DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DAS PROVAS REQUERIDAS NA EXCEÇÃO DA VERDADE

De início, sustenta o apelante que sua defesa foi cerceada, uma vez que não foram produzidas as provas requeridas em sede de exceção da verdade.

Para o enfrentamento da questão, cumpre ter em mente que o querelado foi acusado de incorrer nos delitos capitulados nos artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), sob o argumento de que teria imputado, falsamente, ao querelante, fato definido como crime bem como fato ofensivo à sua reputação, além de o ter injuriado, ofendendo-lhe a sua dignidade em pleno exercício de função pública.

Em sede de defesa preliminar, apresentou exceção da verdade, declinando um rol de testemunhas a serem ouvidas com o intuito de comprovar a veracidade dos fatos que relata em seu artigo. Em sequência, o magistrado *a quo* determinou o processamento do incidente, delimitando o âmbito de seu objeto à aferição dos fatos enquadrados no delito de difamação, porquanto o requerimento da defesa não se voltava a demonstrar a suposta prática do delito de prevaricação pelo querelante.

Realmente, o querelado buscava demonstrar que a exoneração da esposa do querelante teria se dado por determinação do Tribunal de Contas da União, bem como que haveria duas representações por nepotismo formuladas pelo Juiz Maurizio Marchetti perante o Conselho Nacional de Justiça. Não se vislumbra a pretensão de demonstrar que o querelante praticara fato definido em lei como crime.

Posteriormente, o MM. Juízo *a quo* apreciou o mérito da ação penal privada, embora sem que a exceção da verdade estivesse regularmente instruída, para o fim de condenar o acusado pela prática dos crimes de calúnia e injúria, segundo a tipificação constante da lei de imprensa, afastando a responsabilidade penal do querelado pela suposta prática do crime de difamação, o que repercutiu na extinção da exceção da verdade, reputada prejudicada pelo julgador.

Cumprе consignar que o referido incidente constitui meio relevante de defesa do réu, que concretiza, para determinados crimes contra a honra, o postulado constitucional da ampla defesa. Assim, suposto vício em seu processamento poderia mesmo acarretar a nulidade do processo.

Nada obstante, observo que não se vislumbra qualquer prejuízo para a defesa, já que as imputações fáticas cuja veracidade o excipiente buscava comprovar foram consideradas atípicas, de modo a se tornar despicando o prosseguimento do incidente.

Assim, por não ter ocorrido qualquer prejuízo à defesa do querelado, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O apelante ainda alega vício de nulidade em virtude da falta de proposta de suspensão condicional do processo.

Anoto que o instituto despenalizador previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 seria perfeitamente aplicável na espécie. Com efeito, segundo se depreende da narrativa constante da exordial acusatória, o querelado teria praticado, em concurso formal, os delitos de calúnia, injúria e difamação, capitulados na Lei de Imprensa. O delito mais gravoso, a calúnia, possui pena mínima de 06 (seis) meses de detenção. Assim, ainda que incidisse sobre a reprimenda a causa de aumento de 1/3 (um terço) prevista no artigo 23 do referido diploma normativo e, em sequência, se procedesse à exacerbação de 1/6 (um sexto) em virtude do concurso formal de delitos, não se transpassaria o limite de 01 (um) ano.

Além disso, é assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores que a suspensão condicional da pena é aplicável às ações penais privadas, cabendo a prerrogativa de formular a proposta ao querelante (*STF, 1ª Turma, HC nº 81720, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 19-04-2002 PP-00049*).

Na hipótese vertente, o querelante, ao oferecer a queixa-crime, entendeu incabível a aplicação do aludido instituto, porquanto os fatos tratados na presente ação perfariam reiteração criminosa específica.

Note-se, portanto, que, ao contrário do que alega o apelante, houve manifestação, embora negativa, do querelante acerca do cabimento do instituto despenalizador.

Ademais, sendo possível a formulação da proposta de suspensão condicional do processo a partir do momento em que oferecida a queixa-crime, a questão deveria ter sido suscitada logo na defesa prévia, a fim de evitar a preclusão da matéria, consoante se colhe do seguinte julgado:

“EMENTA: I. Crime de imprensa: prescrição bienal: incidência das causas interruptivas do C. Penal: precedentes. II. Crime de imprensa de competência originária dos tribunais: não há audiência prévia de conciliação. III. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): aplicabilidade do instituto a quaisquer processos por crime a que cominada pena não superior a um ano, ainda quando subtraído à competência do Juizado Especial porque sujeito a procedimento especial, caso do crime de imprensa. IV. *Suspensão condicional do processo: preclusão se, além de não proposta pelo querelante, não a pleiteou o querelado na resposta prévia à queixa, independentemente de saber-se de seu cabimento nos processos de ação penal privada.*”

(*STF, 1ª Turma, HC nº 77962, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 19-03-1999 PP-00009*) (Grifamos)

Assim, não vislumbro a presença do vício apontado.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM VIRTUDE DA IRREGULAR INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO

Sustenta o apelante, ainda, não ter sido regularmente intimado da expedição de carta precatória para a colheita do depoimento de testemunha arrolada pela acusação, o que acarretaria vício processual.

Em relação à questão, observo que, às fls. 718, o MM. Juízo *a quo* designa dia para a audiência da testemunha Regina Aparecida Miguel, bem como determina a expedição de carta precatória para a oitiva das demais. O despacho restou publicado em 01.12.2006, pelo que o defensor do apelante foi devidamente notificado da expedição das precatórias. Assim, reunia condições de se fazer presente na colheita da prova oral.

Demais disso, cumpre lembrar que a nulidade apontada é de natureza relativa, consoante se verifica do teor da Súmula 155 do STF:

“É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.”

Assim sendo, há a necessidade da demonstração de prejuízo para a defesa e alegação do vício em tempo oportuno, sem o que não se procede à anulação do ato.

No caso, verifica-se a nomeação de defensor *ad hoc* para acompanhar a realização dos atos, resguardando, destarte, a defesa técnica do querelado. Ademais, a prova oral não foi empregada para sustentar a condenação do apelante.

Portanto, não há que se falar em prejuízo à defesa do acusado, restando afastada a preliminar arguida.

DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA

Antes de adentrar ao exame concreto da conduta imputada

ao apelante, vale sublinhar que os delitos de calúnia e injúria previstos na revogada Lei de Imprensa encontram suporte idêntico nos artigos 138 e 140 do Código Penal. Assim, os fatos anteriormente enquadrados nos artigos 20 e 22 da Lei nº 5.205/67 podem ser adequados perfeitamente àqueles outros tipos, sem que disso decorra qualquer prejuízo para a defesa. O mesmo se diga em relação ao procedimento adotado na presente ação, que se coaduna com as peculiaridades do processamento dos crimes contra a honra do Código Penal. Feitas essas breves considerações, passo ao exame do mérito recursal, iniciando pela transcrição do artigo cuja autoria é atribuída ao apelante:

“No Brasil dos juízes Nicolau e Rocha Matos, um juiz foi afastado de suas atividades depois de denunciar um escandaloso caso de nepotismo no Tribunal Regional do Trabalho. Acusado de não controlar o uso de corretivo líquido entre seus subordinados, o juiz Maurizio Marchetti, cidadão exemplar, se vê punido por ter sido probo e coerente com seus princípios.

Escandaloso evento de nepotismo no Judiciário termina com o afastamento de juiz que denunciou o caso.

Désia da Silva, casada com o ‘corregedor’ do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas-SP), foi nomeada pelo ex-presidente de tal tribunal, Eurico Cruz Neto, para um cargo de confiança no gabinete de seu marido, Luis Carlos Sotero Cândido da Silva, em 1996.

Esse evento motivou o juiz Maurizio Marchetti, no exercício pleno de sua cidadania, a fazer uma reclamação disciplinar junto ao Conselho Nacional de Justiça, bem como a mover uma ação pública contra a Sra. Désia e o ex-presidente do TRT que a nomeou.

Tal nomeação foi anulada pelo Tribunal de Contas da união, evidenciando a inadequação da contratação. Ainda assim, Marchetti manteve sua ação pedindo o ressarcimento dos cofres públicos, pelo pagamento de salários a essa senhora entre 1996 e 2005.

No entanto, logo após a reclamação do juiz Marchetti, em 21 de junho, já no dia 27 do mesmo mês, Luis C. Sotero C. da Silva, ‘corregedor’ do TRT e marido de Désia, reagiu com um pedido de ‘correição extraordinária’, afirmando atender um pedido da OAB-SP, sub-seção Bragança Paulista.

Segundo o ‘corregedor’, Marchetti fazia com que alguns advogados esperassem de 12 a 15 meses para marcar uma audiência, além de ter mudado a sala da OAB sem prévia consulta, e principalmente, o juiz foi acusado de não controlar o uso de corretivo por seus subordinados...

No pais do juiz Nicolau e do Juiz Rocha Matos, entre outros, o juiz e cidadão Maurizio Marchetti foi afastado de suas atividades.

Perseguição? Retaliação? Imaginem, isso é apenas o exercício da justiça em nosso país...

Quem pediu o afastamento do juiz Marchetti foi Antônio Miguel Pereira, vice-presidente do TRT, considerando que ‘há evidências de que o juiz descumpriu deveres funcionais e privilegiou advogados e processos’.

A decisão de afastamento foi tomada em 14 de outubro, porém o juiz Marchetti entrou com Avocação de Processo Disciplinar no Conselho Nacional de Justiça pedindo a restituição do cargo.

Vergonha para o Judiciário, vergonha para o Brasil.
Abaixo o nepotismo! Pela punição da corrupção!”

Conquanto a defesa não questione a *materialidade* do delito de calúnia (que ora se enquadra no artigo 138 do Código Penal), devo ressaltar que sua configuração restou comprovada nos autos, já que há imputação de fato definido como crime à pessoa do querelante, mais precisamente de prevaricação. Realmente, a partir de uma rápida leitura do texto é possível verificar o emprego de construções irônicas para veicular a idéia de que o pedido de correição extraordinária formulado pelo querelante, então juiz corregedor do TRT da 15ª Região, teria sido motivado pelo

interesse de revanchismo contra a pessoa do juiz Maurizio Marchetti, e não para satisfazer finalidade legal. Ademais, a sentença ponderou, minuciosamente, cada documento carreado aos autos, de maneira a demonstrar que a imputação caluniosa realizada pelo querelado se baseia em premissas falsas ou não completamente aferidas.

Não se controverte, outrossim, sobre a autoria do escrito, o que torna inequívoca a *autoria delitiva* imputada ao apelante.

Todavia, a defesa questiona a presença do *dolo*, porquanto a publicação seria de responsabilidade da diretoria do periódico intitulado “Gazeta Bragantina”, que teria se apropriado do artigo, então publicado em sítio eletrônico do Centro de Mídia Independente, na rede mundial de computadores, para divulgá-lo por meio de impressos, sem a necessária autorização do querelado.

Entendo não haver a necessidade de se debater a existência de autorização expressa para a publicação do artigo em periódico impresso, embora do expediente encaminhado pela “Gazeta Bragantina” (fls. 506/507) seja possível extrair que o artigo fora encaminhado ao editorial daquele periódico por e-mail enviado pelo próprio querelado, sendo que somente após a instauração da presente ação penal é que este veio a questionar a divulgação pelo jornal.

De qualquer sorte, o apelante tornou público o conteúdo do escrito, ao disponibiliza-lo em sítio eletrônico de livre acesso. Ao fazê-lo, consentiu que qualquer outro meio de comunicação divulgasse o escrito, ainda que a reprodução comercial da matéria fosse condicionada à sua autorização prévia. Assim, mesmo que se cogitasse a hipótese de o querelado não pretender propriamente a divulgação de seu artigo pelo jornal “Gazeta Bragantina”, assumiu o risco de que terceiros ampliassem a publicidade que já qualificava o escrito.

Note-se que a publicação do artigo em sítio eletrônico de livre acesso torna inequívoca a pretensão do apelante de propalar o conteúdo calunioso e injuriante. Pouco importa, assim, que o fato tenha chegado ao conhecimento do querelante por meio de outro veículo de mídia.

A versão trazida pela defesa ainda autorizaria a aplicação da majorante do artigo 141, III, do Código Penal. Todavia, considerando que a narrativa apresentada na queixa não inclui a postagem do artigo em sítio eletrônico, meio que facilitou a divulgação da calúnia e da injúria, correta a sentença ao deixar de aplicar a causa de aumento.

Forte em tais razões, a condenação é correta, devendo, pois, ser mantida.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Observo que a pena-base para o crime de calúnia restou estabelecida bem acima do patamar mínimo, em *02 (dois) anos de detenção e 10 (dez) salários mínimos*, basicamente ao argumento de que o querelado teria “articulado inverdades seríssimas destinadas a macular a imagem, o nome e a honra do querelante”, que atingiu “mais do que a imagem do ofendido, em si mesma”, vulnerando “todo o corpo de juízes do trabalho, enfim da instituição que o queixoso representa”, por colocar em dúvida “a imparcialidade, a honradez e o senso de justiça de todos os integrantes do Judiciário Trabalhista que, conjuntamente com o Corregedor, tomaram parte no afastamento das funções do juiz do trabalho Maurizio Marchetti”. Ainda se invocou “as graves conseqüências para a ordem social que redundam da articulação de denúncias não verificadas e - ulteriormente - mentirosas em face de autoridades públicas.”

Realmente, o teor do artigo coloca em dúvida a probidade da decisão que culminou no afastamento do Juiz Maurizio Marchetti, repercutindo, assim, na lisura da decisão tomada pelo colegiado, que apresenta o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Todavia, tenho que as graves conseqüências que redundam da articulação de denúncias infundadas em face de autoridades públicas já foi valorada negativamente pelo legislador ao prever a causa de aumento do artigo 141, inciso II, do Código Penal, não podendo ser empregada na primeira fase da dosimetria.

Assim, de ofício, reduzo a pena-base para *01 (um) ano de detenção, quantum* que tenho por suficiente para prevenir e reprimir o crime.

Extinta a punibilidade do réu relativamente ao delito de injúria, resta afastada a causa de aumento do artigo 70 do Código Penal.

Finalmente, reputo por acertada a majoração da pena em 1/3 em razão do delito ter sido cometido contra funcionário público no exercício de suas funções, mas com base no artigo 141, inciso II, do Código Penal. Assim, resta a pena privativa de liberdade definitivamente fixada em *01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção*.

Também de ofício, procedo à substituição da pena de multa de *10 (dez) salários mínimos* aplicada com base na Lei de Imprensa, por aquela prevista no preceito secundário do artigo 138 do Código Penal que, a partir dos mesmos critérios empregados na dosagem da pena privativa de liberdade, fica estabelecida em *26 (vinte e seis) dias-multa*, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Fica mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, conforme operado na sentença, observando-se, todavia, a redução do prazo de cumprimento.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, *nego provimento* ao recurso de apelação e, de ofício, declaro a extinta a punibilidade do querelado relativamente ao delito de injúria, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, desclassifico os fatos para o crime do artigo 138 do Código Penal, reduzo a pena-base imposta em relação a esse delito e substituo a pena de multa prevista na Lei de Imprensa por aquela capitulada no preceito secundário do referido tipo, tornando definitiva a condenação em *01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 26 (vinte e seis) dias-multa*, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantida a substituição

da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0016260-84.2010.4.03.0000
(2010.03.00.016260-0)

Parte Autora: VIVIANE CRISTINA DOS REIS
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: CC 12233
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2010

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENSÃO ESPECIAL DECORRENTE DE HANSENÍASE. LEI 11.520/2007. CARÁTER INDENIZATÓRIO DO BENEFÍCIO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DE UM TERCEIRO JUÍZO.

- Carece às varas especializadas em matéria previdenciária - e, por consequência, a juízo estadual investido de jurisdição federal, por força do artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição da República - competência para apreciar demanda em que se pretende a concessão de pensão especial instituída pela Lei 11.520/2007.

- Caráter administrativo da lide, à vista da feição indenizatória das quantias pagas às pessoas atingidas pela hanseníase submetidas a isolamento e internação compulsórios, que não podem ser confundidas com benefícios de ordem previdenciária, na medida em que os valores a título desse pensionamento excepcional, destinado a atender demanda social gerada por fator extraordinário, de grande repercussão nacional, não são pagos pelos cofres da Previdência Social, nem sequer seguem as regras das leis securitárias, tais como implementação de tempo de serviço ou idade mínimos, cumprimento de carência, impossibilidade

de cumulação com outro benefício e existência de dotações e fonte de custeio próprias.

- Prevalente, em tese, a competência do juízo federal cível com atribuições residuais, sobra reconhecer, tomando-se em conta o domicílio da parte e o fato de o valor dado à causa ser inferior a sessenta salários mínimos, a competência do Juizado Especial Federal de Sorocaba/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito para julgá-lo procedente, declarando a competência do Juizado Especial Federal de Sorocaba, para processamento e julgamento do feito nº 2008.61.83.011092-6, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Mairan Maia, Nery Júnior, Carlos Muta, Consuelo Yoshida (convocada para compor quórum), Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), Suzana Camargo, André Nabarrete, Marli Ferreira, Newton de Lucca, Peixoto Júnior, Fábio Prieto e Cecília Marcondes.

São Paulo, 29 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo de competência envolvendo juízos federais da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo e 1ª Vara de São Paulo, com origem em demanda na qual se pretende a concessão de pensão especial a pessoa atingida pela hanseníase, a teor do disposto na Lei 11.520/2007.

Inicialmente distribuído à 2ª Vara Cível da Comarca de Itu/SP, o feito acabou sendo encaminhado à Justiça Federal, como segue (fls. 26/27):

“A incompetência do juízo estadual deve ser reconhecida. Primeiramente, não se trata de causa previdenciária, na medida em que o benefício pleiteado não tem fundamento nos pressupostos da Previdência Social.

Em outras palavras, não se trata de causa entre segurado e autarquia, a reclamar incidência do disposto no artigo 109, parágrafo 3º, da CF.

Ainda, há evidente interesse da União, uma vez que as despesas decorrentes do benefício implantado pela Lei 11.520/07 correrão à conta do Tesouro Nacional e constarão de programação orçamentária específica no orçamento do Ministério da Previdência Social (art. 6º), vale dizer, os valores que arcarão com o benefício não serão advindos das contribuições previdenciárias, mas de dotação específica, a ser retirada do Tesouro Nacional, o que reflete os interesses da União.

Mais que isso, a concessão da pensão é atribuída, por lei, ao Poder Executivo, sendo o Secretário Especial dos Direitos Humanos (cargo vinculado a órgão da União, e não da autarquia) a autoridade competente para apreciar o pedido (artigos 1º, *caput* e parágrafo 3º, e 2º, *caput*, todos da Lei 11.520/07).

Evidenciada, portanto, a pertinência da União no pólo passivo, declino da competência e determino a remessa dos autos a uma das Varas da Justiça Federal da Seção Judiciária correspondente, com nossas homenagens.

Int.

Itu, 14 de outubro de 2008.”

Enviados os autos ao Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, sobreveio o seguinte *decisum* (fls. 28/29):

“VIVIANE CRISTINA DOS REIS, qualificada na inicial, ajuizou a presente ação em face do INSS pleiteando a concessão do benefício de pensão especial previsto na Lei 11.520/2007.

Os presentes autos foram inicialmente distribuídos ao Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Itu o qual após o INSS ter apresentado contestação, declinou da competência para uma das Varas da Justiça Federal, pois entendeu que a pensão especial pleiteada é atribuída ao Poder Executivo, sendo o Secretário Especial dos Direitos Humanos a autoridade competente para apreciar o pedido. Entendeu também o aludido Juízo que o referido benefício não se trata de causa previdenciária, pois não tem fundamento nos pressupostos da Previdência Social.

Assim, tendo sido afastada a hipótese do benefício previdenciário, os presentes autos deveriam ter sido distribuídos a uma das Varas Cíveis da Justiça Federal, o que por equívoco não ocorreu.

Diante do exposto, declino da competência e determino a remessa dos autos para regular distribuição a uma das Varas Federais Cíveis da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo - SP.

Ciência à parte autora da redistribuição destes autos a esta 7ª Vara Federal Previdenciária.

Façam-se as anotações necessárias, dando-se baixa na distribuição.

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2008.”

Decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara Cível, *in verbis* (fl. 30):

“Em virtude da Provimento nº 186, de 28 de outubro de 1999, do Presidente do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, remetam-se os autos para redistribuição a uma das Varas Previdenciárias.

São Paulo 24 de setembro de 2009.”

Conflito finalmente suscitado pelo Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, nos termos abaixo (fls. 03/05):

“O presente processo trata de concessão de benefício previsto na Lei 11.520/2007.

O artigo 1º da mencionada lei dispõe que:

‘Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).’

A própria lei informa que se trata de indenização especial e o seu art. 2º diz que tal pensão será concedida por meio de ato do Secretário Estadual dos Direitos Humanos da Presidência da República, após parecer da Comissão Interministerial de Avaliação.

O Provimento nº 186 de 28/10/99, do Egrégio Conselho da Justiça da Terceira Região, implantou as Varas Federais Previdenciárias na Capital, com competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários, do que resulta a incompetência deste juízo previdenciário para processar e julgar a presente demanda.

Dito isso, suscito conflito negativo de competência ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (arts. 108, I, ‘e’, CF, e 118, I, CPC). Oficie-se com cópias de fls. 2/12, 70/71, 75/75 verso e 78 e desta decisão (art. 118, parágrafo único, CPC). Intimem-se.

São Paulo, 17 de maio de 2010.”

Designado o juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 06), foi dada vista ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela improcedência do dissídio, “com a fixação da competência no Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, ora suscitante” (fls. 34/36).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito entre juízos federais da Subseção Judiciária desta Capital, previdenciário e cível, aqui distribuído por força do decidido pelo Órgão Especial ao apreciar o Conflito de Competência nº 2007.03.00.025630-8, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP *versus* Juízo Federal da 21ª Vara Cível de São Paulo/SP, *in verbis*:

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAR O CONFLITO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NATUREZA CÍVEL. JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. INCOMPETÊNCIA.

I. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito no Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas Federais especializadas em razão da natureza da lide, e da existência de três áreas de especialização afetas às Seções desta Corte, e para que se evitem julgados divergentes entre as Seções, é que se firma a competência deste Órgão Especial para julgar os conflitos de competência suscitados entre Varas especializadas, com fundamento na natureza da relação jurídica litigiosa, sempre que existam, também no âmbito deste Tribunal, Seções especializadas em razão da natureza da mesma.

II. Analisando-se o pedido formulado na petição inicial do mandado de segurança em questão, vislumbra-se a natureza cível do pedido pretendido, tendente a permitir o protocolo de requerimentos junto à unidade do INSS, ligado, assim, à garantia do livre exercício profissional, donde se conclui que o MM. Juízo da 7ª Vara Previdenciária é absolutamente incompetente para processar e julgar a impetração.

III. Segundo a redação do artigo 2º, do Provimento 186/99, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que implantou varas previdenciárias na Capital, ‘As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários...’.

IV. Competente o Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer do conflito, vencidas as Desembargadoras Federais Suzana Camargo e Therezinha Cazerta, e, por unanimidade, declarar competente o Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP, o suscitado, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de agosto de 2007.”

Conquanto entenda que a competência para resolver conflitos entre juízes federais não deva recair sobre o Órgão Especial, cujas atribuições, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra “i”, do Regimento Interno desta Casa, resumem-se às “questões incidentes em processos da competência das Seções ou das Turmas que lhe hajam sido submetidas, bem assim *os conflitos de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas*”, encontrando-se, ao contrário, previsão expressa no Regimento de que às Seções compete processar e julgar “os conflitos de competência entre Juízes Federais vinculados ao Tribunal, inclusive os Juízes Federais investidos de jurisdição federal (art. 109, § 3º, da Constituição Federal)”.

De sorte que qualquer uma delas poderia julgá-los, somente advindo a este Colegiado as hipóteses em que efetivamente verificada divergência entre os entendimentos das Seções, não se permitindo ao Órgão Especial antecipar-se a decidir conflito que inclusive pode vir a não existir, caso não se verifiquem decisões contraditórias, ainda que enfrentada a questão por mais de uma seção especializada.

Com a ressalva do posicionamento, examino.

O dissídio decorre da controvérsia sobre qual matéria versa o pedido formulado.

Sendo a demanda de índole administrativa, à vista do caráter indenizatório da pensão especial pleiteada, atrair-se-ia a competência do juízo cível - que nem seria, *in casu*, a 1ª Vara Federal de São Paulo, mas sim uma das varas da Subseção Judiciária de Sorocaba, ou até mesmo, ante o valor dado à causa, o Juizado Especial Federal lá localizado, tomando-se em conta o fato da parte possuir domicílio em Itu/SP, segundo declarado na petição inicial.

De outro lado, a se entender que a pretensão é de cunho previdenciário, exigindo-se, tal como se estivesse a se cuidar de qualquer outro benefício a cargo da Previdência Social, o direcionamento do feito ao juízo especializado, a competência afastar-se-ia até mesmo do juízo federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, a partir da escolha da própria jurisdição pela ajuizamento perante a Justiça Estadual, em consonância ao disposto no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal.

No mais, com relação à discussão acerca da natureza jurídica da “pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios em hospitais-colônia, até 31 de dezembro de 1986, que a requererem, a título de indenização especial, correspondente a R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais)” (artigo 1º, *caput*, da Lei 11.520, de 18 de setembro de 2007), sobreleva reconhecer notório desacerto em associar e confundi-la com benefícios de natureza previdenciária.

Cuidando-se, na verdade, de pensionamento excepcional, destinado a atender demanda social gerada por fator extraordinário, de grande repercussão nacional, desponta seu caráter nitidamente indenizatório, conforme aponta a doutrina especializada, “para reparar os efeitos causados por ações do Estado embasadas por teorias científicas vigentes à época e que causaram danos irreversíveis a pessoas atingidas pela hanseníase” (Roberto Luis Luchi Demo, *O Estado do Bem-Estar Social além do Regime Geral e*

dos Regimes Próprios da Previdência: benefícios especiais ou benefícios de legislação especial, Revista de Direito Social, nº 29, jan./mar.-2008).

Suficiente a indicação, a constatar que não se está diante de benefício previdenciário propriamente, conforme consta do supracitado dispositivo legal, de que “a pensão especial de que trata o *caput* é personalíssima, não sendo transmissível a dependentes e herdeiros” (§ 1º), bem como “o requerimento referido no *caput* será endereçado ao Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos do regulamento” (§ 3º).

De igual modo, a previsão do artigo 3º, no sentido de que “a pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito à opção, não é acumulável com indenizações que a União venha a pagar decorrentes de responsabilização civil sobre os mesmos fatos” (*caput*) e “o recebimento da pensão especial não impede a fruição de qualquer benefício previdenciário” (parágrafo único).

Por fim, a disposição contida no artigo 6º de que “as despesas decorrentes desta Lei correrão à conta do Tesouro Nacional e constarão de programação orçamentária específica no orçamento do Ministério da Previdência Social”.

Em outras palavras, para além de não seguir as regras das leis previdenciárias, carecendo de qualquer feição de benefício previdenciário, porquanto dispensados requisitos específicos, mais precisamente, a implementação de tempo de serviço ou idade mínimos e o cumprimento de carência obrigatória, os valores correspondentes à sobredita pensão especial, que não decorrem de salário-de-benefício, como usualmente sucede, acabam nem sendo pagos pelos cofres da Previdência.

Inexistente fonte de custeio, contrariando até mesmo o norte contributivo em que se funda o Regime Geral, as despesas correspondentes ao pagamento da pensão especial aos atingidos pela hanseníase decorrem de encargos da União, à conta de dotações próprias com repasse ao INSS pelo Tesouro Nacional.

Ao analisar hipótese assemelhada à aqui retratada, este Órgão Especial, em 9 de janeiro de 2008 (DJU de 18.2.2008), ao

concluir o julgamento do Conflito de Competência 9994 (reg. nº 2007.03.00.000406-0), de minha relatoria, teve a oportunidade de reconhecer a natureza administrativa da demanda envolvendo benefício excepcional de anistiado político, ganhando a seguinte redação, o acórdão lavrado:

“EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO POLÍTICO. CARÁTER INDENIZATÓRIO DO BENEFÍCIO PERCEBIDO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 4ª VARA FEDERAL DE SANTOS/SP.

- Não é das varas especializadas em matéria previdenciária a competência para apreciar demanda em que se pretende o restabelecimento, sem as limitações impostas pelo Decreto 2.172/97, do valor de benefício mensalmente percebido por anistiado político.

- Caráter administrativo da lide, à vista da natureza indenizatória das quantias pagas a título de aposentadoria em regime excepcional (Lei 6.683/79, regulamentada pelo Decreto 84.143/79; Emenda Constitucional 26/85; artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988; artigo 150 da Lei 8.213/91; Decretos 357/91, 611/92 e 2.171/97).

- Inteligência da Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002: abrangência de todas as formas de reparação aos albergados pela anistia política. Normas sucessivamente outorgadas ao longo do tempo, com a concessão de benefícios como meio de reparação econômica, de modo a ressarcir os danos materiais e morais acarretados pelos atos institucionais de exceção decorrentes de regimes anteriores, no período intermediado entre as Constituições da República de 1946 a 1988.

- Inexistência de marco temporal com repercussão direta na aferição da competência para julgar as causas relacionadas

aos vencidos políticos. Impossibilidade da Lei de Anistia ser extinta, modificada ou ter seus efeitos reduzidos por legislação posterior, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

- Indenizações arbitradas que não podem ser confundidas com benefícios de ordem previdenciária, na medida em que os valores regularmente recebidos pelos anistiados não são pagos pelos cofres da Previdência Social, nem sequer seguem as regras das leis securitárias, tais como implementação de tempo de serviço ou idade mínimos, cumprimento de carência, limitação a teto máximo e existência de dotações próprias e fonte de custeio.

- Prevalência da competência do juízo com atribuições residuais, reservando-se às varas especializadas os feitos distribuídos com o objetivo de alcançar a proteção previdenciária do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por maioria, por voto de desempate da Desembargadora Federal Marli Ferreira (Presidente), conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª Vara de Santos/SP, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora, com quem votaram os Desembargadores Federais Nery Junior, Carlos Muta, Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Nelson Bernardes (convocado para compor quórum) e André Nabarrete, vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto, Ramza Tartuce, André Nekatschalow (convocado para compor quórum), Eva Regina (convocada para compor quórum), Roberto Haddad e Peixoto Junior, que reconheciam a competência do Juízo Federal da 6ª Vara de Santos/SP.”

Em 9 de abril de 2008 (DJF3 de 13.5.2008), ao enfrentar novamente a questão do anistiado, em julgamento, desta feita, o

Conflito de Competência 6105 (reg. nº 2004.03.00.007483-7), de relatoria da Desembargadora Federal Cecília Marcondes, tornou o Órgão Especial a decidir que não compete ao juízo previdenciário especializado apreciar tais feitos, à vista do caráter indenizatório das quantias pagas a título de aposentadoria em regime excepcional. Confira-se:

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - APOSENTADORIA ESPECIAL - ANISTIADO POLÍTICO - CARÁTER INDENIZATÓRIO - INCOMPETÊNCIA DA VARA PREVIDENCIÁRIA - COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL.

I - Desde a edição das normas que antecederam a Lei nº 10.559/02, já estava sedimentado o caráter indenizatório da aposentadoria excepcional, porquanto não se sujeitava aos critérios adotados para a concessão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência, assim como havia expressa previsão acerca da responsabilidade da União Federal pelo encargo.

II - A aposentadoria excepcional, que dispensa qualquer contribuição para o custeio da Seguridade Social, não assume as galas de benefício atrelado à Previdência Social, sendo custeado pelo Tesouro Nacional, em rubrica específica do Orçamento da União, que repassa o montante para o INSS por mera questão organizacional da máquina administrativa.

III - Precedentes desta Corte.

IV - Conflito Negativo de Competência improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo suscitante, nos termos do voto da E. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), que foi acompanhada

pelos E. Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, LAZARANO NETO (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), MÁRCIO MORAES, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, ROBERTO HADDAD, SALETTE NASCIMENTO, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JÚNIOR e FÁBIO PRIETO. Vencida a E. Desembargadora Federal ANNA MARIA PIMENTEL que julgava procedente o conflito para declarar a competência do Juízo suscitado.”

Tal orientação, quadra ressaltar, tem sido seguida pelos relatores da 3ª Seção desta Corte, inclusive para o efeito de reconhecer a incompetência das turmas previdenciárias em casos idênticos ao destes autos, consoante se verifica de recentes decisões proferidas, monocraticamente, no Agravo de Instrumento 0018550-72.2010.4.03.0000 (rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, j. em 29.7.2010) e na Apelação Cível 0024447-91.2009.4.03.9999 (rel. Desembargador Federal Walter do Amaral, j. em 20.5.2010).

Conclusão: carece às varas especializadas em assuntos previdenciários - e, por consequência, a juízo estadual investido de jurisdição federal, por força do artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição da República - competência para apreciar demanda em que se pretende a concessão da pensão especial destinada pela Lei 11.520/2007 às pessoas atingidas pela hanseníase submetidas a isolamento e internação compulsórios.

Por fim, ante o disposto no artigo 3º da Lei 10.259/2001 - “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos” (*caput*); “No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta” (§ 3º) -, sobra reconhecer, levando-se em conta o domicílio da autora em Itu e o valor dado à causa - R\$ 1.000,00 (mil reais), a competência do Juizado Especial Federal de Sorocaba, redirecionando-se para lá a causa.

Posto isso, conheço deste conflito para julgá-lo procedente,

declarando, contudo, a competência de um terceiro juízo, qual seja, o Juizado Especial Federal de Sorocaba, para o processamento e julgamento do feito de registro nº 2008.61.83.011092-6.

É como voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0037575-90.1999.4.03.6100
(1999.61.00.037575-2)**

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessado: WILSON FARNEZI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA LUCIA JUCOVSKY
Classe do Processo: AMS 242777
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2010

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A DES-TEMPO. RECOLHIMENTO. NECESSIDADE. DIREITO SUPERVENIENTE (ART. 462, CPC). LEGISLAÇÃO: ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 128/08, QUE ACRESCEU O ART. 45-A À LEI Nº 8.212/91 (ART. 27, INC. II, LEI Nº 8.213/91). DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL. PARCIAL PROVIMENTO.

- A contagem do tempo de serviço restou condicionada à indenização das contribuições correspondentes aos períodos respectivos, acrescidas de juros de mora e multa.
- Para efeito de cálculo do débito, observava-se a legislação em vigor por ocasião dos fatos geradores (exercício da labuta).
- O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 8, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.
- Em 19/12/2008 foi editada a LC nº 128, que revogou os dispositivos em foco, passando a disciplinar a matéria (art. 8º, que acresceu à Lei nº 8.212/91 o art. 45-A).
- À luz do art. 462 do CPC (*jus superveniens*) é o caso de

- se aplicar a novel legislação, de modo a solucionar o litígio.
- Para cômputo do período de carência, não serão consideradas contribuições “recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13.” (art. 27, inc. II, Lei nº 8.213/91, Lei nº 9.876/99).
 - Embargos de declaração acolhidos. Efeitos infringentes. Apelação do INSS e remessa de ofício parcialmente providas. Determinados os critérios incidentes sobre o recolhimento das contribuições em atraso (art. 8º da Lei Complementar nº 128/08, que acresceu à Lei nº 8.212/91 o art. 45-A).

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, *acolher os embargos de declaração*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

Cuida-se de embargos de declaração do INSS contra ares-
to da Oitava Turma desta Corte, de desprovimento da sua apela-
ção e do reexame de ofício, em ação mandamental para afastar ato
da administração determinativo do recolhimento de contribuições
previdenciárias acerca dos períodos de 09/71 a 11/75, 01/79 a

04/81, 11/81 a 05/82, 05/96 a 12/96 e 12/97, atendida a Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 55, de 19/11/1996.

Sustenta omissão, uma vez que ausente o voto minoritário. Aduz a autarquia que o pronunciamento judicial censurado não enfrentou questão relativa à necessidade de se indenizar o interstício a ser averbado, à luz dos preceitos inscritos nos parágrafos do art. 45 da Lei nº 8.212/91. É que, de acordo com o que afirma, o cálculo do montante devido, de natureza indenizatória, deve obedecer à norma vigente à época em que externada a pretensão do segurado à respectiva contagem. Ainda, por ocasião do requerimento administrativo, já vigoravam as Leis nºs 9.032/95 e 9.528/97. Não há aplicação retroativa do art. 45 da Lei nº 8.212/91 (redação das Leis nºs 9.032/95, 9.528/97 e 9.876/99), mas, sim, incidência imediata de regra legal. Por fim, o tema objeto do feito possui caráter previdenciário/indenizatório não tributário (fls. 304-314).

Tem-se, *in casu*, mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato administrativo que determinou recolhesse o impetrante contribuições previdenciárias correspondentes aos períodos de 09/71 a 11/75, 01/79 a 04/81, 11/81 a 05/82, 05/96 a 12/96 e 12/97, observada a Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 55, de 19/11/1996, para análise de pedido de aposentadoria.

Requeru que o INSS seja obrigado a refazer os cálculos das contribuições devidas de acordo com a legislação vigente à época de seu débito, bem como, que seja respeito o seu valor econômico histórico, ou seja, sobre o equivalente a dois salários de contribuição da época própria. Requeru, ainda, a aplicação da Lei em seu tempo de vigência, para a cobrança das contribuições previdenciárias discutidas.

Para os intervalos, restou apurado pelo Instituto débitos no importe de R\$ 51.125,34, R\$ 1.640,69, R\$ 184,29 e R\$ 27.725,67 consoante “Relatório Discriminativo de Cálculo da Retroação”, categoria autônomo, no mencionado valor (fls. 30-35).

Deferida parcialmente a liminar e concedida a Justiça Gratuita (fls. 36-37).

Informações (fls. 42-49).

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão parcial da segurança (fls. 72-74).

Sentença (fls. 77-84):

“(…)

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inicial e concedo parcialmente a segurança requerida, para determinar à autoridade impetrada que, na reanálise do pedido de benefício do impetrante apontado na inicial, realize o cálculo das contribuições previdenciárias relativas ao período indicado na inicial, nos termos da legislação de regência à época dos fatos geradores, acrescido de correção monetária, juros e multa, nos termos da atual legislação vigente e, após a impetrante efetuar o aludido pagamento, conceda-lhe, ainda, o benefício previdenciário, por resultar o tempo necessário para sua concessão (fls. 65), no prazo de 05 (cinco) dias, comunicando o Juízo da concretização da decisão, sob pena de crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), pagando-se os valores devidos desde a data da impetração do presente *writ*.

(…)

Sentença sujeita ao reexame necessário (Lei nº 1533/51, art. 12, parágrafo único); oportunamente, subam os autos à superior instância.”

Apelação do INSS (fls. 103-119): O ato objurgado é constitucional e legal. Ausência de direito adquirido ao recolhimento em desconformidade com a norma previdenciária/securitária. Inviabilidade de aplicação de regime previdenciário não mais em vigor.

Parquet Federal em segunda instância (fls. 275-278): pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

Aresto segundo o qual foi negado provimento à apelação do INSS e à remessa oficial (fls. 286-301).

Juntada do voto vencido (fls. 318-320).

É o relatório.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

Embargos declaratórios nos quais o INSS refere que o impetrante pretende recolher contribuições a destempo.

Ante a juntada do voto do Exmo. Des. Fed. Newton de Lucca, resta prejudicada a alegação de omissão pela ausência do voto vencido.

DAS CONTRIBUIÇÕES (INDENIZAÇÃO AO SISTEMA)

Como exposto no acórdão objurgado, vinha entendendo que os recolhimentos rege-se-iam consoante o comando legal em vigor à época em que prestado o mister, em obediência ao axioma *tempus regit actum*.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 8 (Sessão Plenária de 12/6/2008, DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008; DOU de 20/6/2008, p. 1), declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e, em 19/12/2008, por sua vez, foi editada a Lei Complementar nº 128, que expressamente revogou os dispositivos em voga, passando a disciplinar a matéria, conforme seu art. 8º, que acresceu à Lei nº 8.212/91 o art. 45-A, *verbis*:

“Art. 8º. A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 45-A:

‘Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS.

§ 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho

de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento):

I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou

II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento.

§ 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinquenta por cento), e multa de 10% (dez por cento).

§ 3º. O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral.”

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

““Jus superveniens”. O direito vigente à época da decisão deve ser aplicado pelo juiz, ainda que posterior ao ajuizamento da ação, sempre que a lei nova não ressalve os efeitos da lei anterior’ (RSTJ 98/149).

‘As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação exposta na inicial’ (STJ - 3ª T., REsp 18.443-0-SP-EDcl, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.93, rejeitaram os embs., v. u., DJU 9.8.93, p. 15.228). No mesmo sentido: RTJ 123/31, RSTJ 12/290, 66/273, maioria, RT 661/137, 713/156, JTJ 173/212,

maioria, 174/17, JTAERGS 91/167.” (NEGRÃO, Theotônio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 565)

Assim, não tendo havido decadência na hipótese, consoante já reconhecido no v. aresto embargado, é viável o pleito, com o recolhimento de valores a título de indenização à Previdência Social, de acordo com o preceituado no art. 45-A da Lei nº 8.212/91 (LC nº 128/2008) em alusão.

Alerte-se, todavia, para a ressalva do inc. II do art. 27 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições:

I - referentes ao período a partir da data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social, no caso dos segurados empregados e trabalhadores avulsos referidos nos incisos I e VI do art. 11;

II - realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, *não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13.*” (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/1999) (g. n.)

A propósito:

“PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO INTERNO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - SUSPENSÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO CONCESSÓRIO - CNIS - VÍNCULO EMPREGATÍCIO ANTERIOR - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO AUTÔNOMO - CONTAGEM DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - INDENIZAÇÃO.

(...)

II - Como o CNIS não acusa as contribuições previdenciárias do autor, na qualidade de autônomo, e tendo em vista que ele não apresentou documentos comprobatórios das mesmas, cabe aplicar a regra de apuração do valor da indenização prevista no inciso I e no § 2º do art. 45-A da Lei nº 8.212/91, a qual se aplica ao segurado contribuinte individual da Previdência Social que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício previdenciário, período de atividade alcançada pela decadência, sob os auspícios do *pro misero*.

III - Com a finalidade de completar o tempo mínimo necessário para a manutenção da aposentadoria em tela, e levando em consideração que o período referente a Mário M G Guimarães sucede o período relativo às contribuições devidas na qualidade de autônomo, afigura-se pertinente à inclusão do período - 21/07/84 a 29/11/84 - na apuração da indenização prevista no inciso I e no § 2º do art. 45-A da Lei nº 8.212/91.

(...)

V - Agravo interno conhecido e não provido.” (TRF - 2ª R., 1ª T. Especializada, AC 381536, proc. 2004.51.01.513543-6/RJ, Rel. Juiz Fed. Conv. Marcello Ferreira de Souza Granado, v. u., DJU 15/12/2009)

“PREVIDENCIÁRIO. DECLARATÓRIA. PRELIMINAR. ATIVIDADE URBANA. MÚSICO AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EM PARTE DO PERÍODO. TERMOS INICIAL E FINAL DO PRIMEIRO E SEGUNDO PERÍODOS ALTERADOS. NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO DO INSS PARA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO DO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. HONORÁRIA.

(...)

II - Reconhecimento de trabalho urbano, no RGPS, do período 05 de janeiro de 1971 a 02 de janeiro de 1984, em que o autor exerceu a atividade de músico autônomo, com a expedição da respectiva certidão.

(...)

VII - Do conjunto probatório extrai-se que o autor efetivamente trabalhou como músico autônomo, nos períodos de 17.03.1971 a 31.10.1974 e de 01.07.1976 a 25.08.1981.

VIII - O trabalhador autônomo, hoje contribuinte individual, no tocante à indenização, deve observar o disposto no art. 45-A, da Lei nº 8.212/91.

IX - A teor da dicção do art. 27, II, da Lei nº 8.213/91, no caso do contribuinte individual não serão consideradas, no cômputo de período de carência para obtenção de benefício previdenciário, as contribuições recolhidas com atraso, referentes a competências anteriores.

(...)

XII - Apelação do INSS parcialmente provida.” (TRF - 3ª R., 8ª T., AC 701392, proc. 2001.03.99.027865-9, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, maioria, DJF3 CJ2 7/7/2009, p. 632)

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

1. Interposta a remessa oficial.

2. É devida a aposentadoria por tempo de serviço se

comprovada a carência e o tempo de serviço exigidos pela legislação previdenciária.

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

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

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

6. De acordo com a atual interpretação do STJ, os contribuintes individuais somente devem recolher suas contribuições atrasadas com juros e multa a partir de outubro de 1996, quando da inserção do § 4º no art. 45 da Lei nº 8.212/91. Com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, em 20-06-2008, da súmula vinculante de nº 08, reconhecendo a inconstitucionalidade 'do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário', não havia legislação a regular a questão, de modo que, em princípio, os juros e a multa não seriam devidos. Entretanto, declarado inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, e diante da ausência de outra norma dispondo acerca da forma de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas, deveriam estas ser calculadas com base na legislação da época da prestação laboral pois a parte autora era segurado obrigatório da previdência social à época em que exerceu a atividade cujo tempo agora quer seja computado pela autarquia.

7. Ocorre que o art. 8º da LC 128, de 19-12-2008, acresceu o art. 45-A à Lei nº 8.212/91, *verbis*: ‘Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS. § 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento): I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento. § 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinquenta por cento), e multa de 10% (dez por cento). § 3º. O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral.’ No caso concreto, como a decadência, aludida no § 3º suso, é de natureza tributária, tem-se que a pretensão da parte autora, de contagem do tempo de empresário de 15-08-1974 a 14-08-1976, resta toda subsumida ao disposto no art. 45-A da Lei nº 8.212/91, acrescido pelo art. 8º da Lei Complementar nº 128/2008. Sinalo, de outro giro, que não há possibilidade de a parte

autora pretender recolher a contribuição com base nos valores e consectários da época em que deixaram de ser pagos porque o *caput* do art. 45-A suso se aplica a duas situações: a) ao contribuinte individual (antigo autônomo e/ou empresário), situação em que se enquadra a parte autora; e b) àqueles aos quais o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória, o que não é o caso da parte autora.

(...)

12. Reconhecido o exercício de atividades como empresário durante o intervalo de 15-08-1974 a 14-08-1976, fica o seu cômputo condicionado ao recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias.” (TRF - 4ª R., T. Suplementar, APELREEX 2001.70.01.001825-1/PR, Rel. Juiz Fed. Conv. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, v. u., D.E. 26/10/2009)

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADES URBANAS. DENTISTA AUTÔNOMO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE INDIVIDUAL (AUTÔNOMO) E RESPECTIVO CÔMPUTO PARA FINS DE APOSENTADORIA INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DE CONTRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES ESPECIAIS. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA. ART. 45-A DA LEI Nº 8.212/91. ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 128/2008. 1. Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de um início razoável de prova material da atividade urbana, contemporânea à época dos fatos, corroborada por prova testemunhal idônea e consistente. Inteligência do artigo 55, parágrafos 1º e 3º, da Lei nº 8.213, de 24-07-1991.

2. Na sistemática da Lei nº 8.213/91, aos segurados empregados, avulsos e empregados domésticos - em que a obrigação do recolhimento e pagamento das contribuições previdenciárias é do empregador - é possível a concessão de benefício ainda que haja débito relativamente a contribuições; outra é a situação dos contribuintes individuais (obrigatórios e/ou facultativos), em que é sua a obrigação de verter aos cofres previdenciários as respectivas contribuições. Mais do que isso, tal recolhimento é condição para o reconhecimento de vínculo previdenciário e, sendo assim, não é possível reconhecer tempo de serviço como autônomo condicionado a posterior recolhimento e/ou a desconto no próprio benefício a ser, em tese, concedido; não fosse assim, 'seria possível a concessão de benefício pelo mero exercício da atividade como contribuinte individual, sem qualquer recolhimento'.

(...)

6. De acordo com a atual interpretação do STJ, os contribuintes individuais somente devem recolher suas contribuições atrasadas com juros e multa a partir de outubro de 1996, quando da inserção do § 4º no art. 45 da Lei nº 8.212/91. Com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, em 20-06-2008, da súmula vinculante de nº 08, reconhecendo a inconstitucionalidade 'do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário', não havia legislação a regular a questão, de modo que, em princípio, os juros e a multa não seriam devidos. Entretanto, declarado inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, e diante da ausência de outra norma dispondo acerca da forma de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas, deveriam estas ser calculadas com base na legislação da época da prestação laboral pois a parte autora era segurado obrigatório da previdência social à época em que exerceu a atividade cujo tempo agora quer seja computado pela autarquia.

7. Ocorre que o art. 8º da LC 128, de 19-12-2008, acresceu o art. 45-A à Lei nº 8.212/91, *verbis*: ‘Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS. § 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento): I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento. § 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinquenta por cento), e multa de 10% (dez por cento). § 3º. O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral.’ No caso concreto, como a decadência, aludida no § 3º suso, é de natureza tributária, tem-se que a pretensão da parte autora, de contagem do tempo de autônomo de 06-03-1968 a 31-10-1975, resta toda subsumida ao disposto no art. 45-A da Lei nº 8.212/91, acrescido pelo art. 8º da Lei Complementar nº 128/2008. Sinalo, de outro giro, que não há possibilidade de a parte autora pretender recolher a contribuição com base nos

valores e consectários da época em que deixaram de ser pagos porque o *caput* do art. 45-A suso se aplica a duas situações: a) ao contribuinte individual (antigo autônomo e/ou empresário), situação em que se enquadra a parte autora; e b) àqueles aos quais o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória, o que não é o caso da parte autora.

8. Apelações e remessa oficial desprovidas.” (TRF - 4ª R., 5ª T., AC 2005.70.13.000577-0/PR, Rel. Des. Fed. Alcides Vettorazzi, v. u., D. E. 17/8/2009)

EFEITOS INFRINGENTES

Consideradas as peculiares circunstâncias que permeiam este processo, cabível emprestar aos declaratórios, excepcionalmente, caráter infringente, a fim de dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, determinados os critérios para o recolhimento das contribuições atrasadas. A convergir com o raciocínio, a jurisprudência:

“Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido” (STJ - 4ª Turma, REsp 1.757-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.3.90, deram provimento, v. u., DJU 9.4.90, p. 2745).

“Cabem embargos de declaração com efeitos modificativos, para correção de erro relativo:

- a uma premissa de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento (STF - 1ª Turma, RE 207.928-6-SP-Edcl, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.98, receberam os embs., v. u., DJU 15.5.98, seq. 1e, p. 54); no mesmo sentido: RSTJ 39/289 e STJ-RJ

185/554, maioria; RSTJ 47/275, maioria. (NEGRÃO, Theotônio; FERREIRA GOUVÊA. José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 593-594)

SUCUMBÊNCIA

Nos termos da Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar a parte autora no pagamento de honorários advocatícios.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E, EXCEPCIONALMENTE, EMPRESTAR-LHES EFEITOS INFRINGENTES, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E À REMESSA OFICIAL, DETERMINADOS OS CRITÉRIOS INCIDENTES SOBRE O RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO (ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 128/08, QUE ACRESCEU À LEI Nº 8.212/91 O ART. 45-A).

É o voto.

Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY -
Relatora

- Sobre a Súmula Vinculante nº 08, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Resp AC 1999.61.06.000422-5/SP, Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 92/25; Ag AI 2008.03.00.028827-2/SP, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, publicado na RTRF3R 92/110; AC 2007.03.99.043203-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada na RTRF3R 92/311 e AC 1999.61.14.002509-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 93/214.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM
APELAÇÃO CÍVEL
0023743-25.2002.4.03.9999
(2002.03.99.023743-1)**

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 230/233
Interessado: FRANCISCO SERRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAJURU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: AC 807937
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PRESENTES AS HIPÓTESES DE CABIMENTO - EFEITOS INFRINGENTES - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDOS.

Presentes as hipóteses do art. 535 do CPC a autorizar o acolhimento parcial dos presentes embargos de declaração, a fim de esclarecer que em razão do recebimento de aposentadoria por idade pelo autor - conforme se verifica da pesquisa realizada no sistema CNIS/Plenus - desde 29/04/2004 - o benefício de aposentadoria por tempo de serviço ora concedida é devido até 28/04/2004, a partir de quando, o autor deve optar pelo recebimento de uma ou outra aposentadoria, dada a impossibilidade de cumulação, conforme determina o artigo 124 da Lei nº 8.213/91; compensando-se, ainda, no que couber, os valores devidos com os valores já pagos decorrentes da concessão administrativa. A questão relativa à omissão apontada pelo INSS, de não observância da Lei nº 11.960 de 29/06/2009, na fixação dos juros de mora, não merece provimento. Com efeito, a providência pretendida pela parte embargante, em realidade, é a revisão da própria razão de decidir, não tendo guarida tal desiderato em sede de embargos declaratórios. Por essa razão, só por meio do competente recurso deve ser

novamente aferida e não por meio de embargos de declaração. Embargos de declaração parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento aos embargos de declaração*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos em relação ao v. Acórdão proferido em 29 de março de 2010, pela Sétima Turma deste E. Tribunal Regional Federal que, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do INSS, bem como à remessa oficial, tida por interposta, em ação de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

Aduz o embargante (INSS) haver obscuridade e omissão no v. Acórdão, uma vez que ao conceder ao autor a possibilidade de opção pela aposentadoria por tempo de serviço ora concedida ou pela aposentadoria por idade que já recebe administrativamente desde abril de 2004, deixou de esclarecer que se ele optar pelo benefício concedido na via administrativa, não terá direito ao recebimento das parcelas em atraso do benefício concedido na via judicial. Alega ainda haver omissão, em razão da não observância da Lei nº 11.960/2009 na fixação dos juros de mora, que em seu artigo 1-F prevê a utilização dos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.

Requer o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que sejam sanadas as omissões e obscuridade apontadas e para fins de prequestionamento.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

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

Cumpre salientar que no caso está presente hipótese do artigo 535 do Código de Processo Civil, a autorizar o provimento parcial dos embargos de declaração.

Da análise dos autos, ficou comprovado o exercício de trabalho em atividade rural e urbana em tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na sua forma integral ao autor, desde a data do requerimento na via administrativa (25/05/1994), com observância da prescrição quinquenal, tendo sido ainda determinada a compensação dos valores devidos, tendo em vista ser o autor beneficiário de aposentadoria por idade concedido na via administrativa, bem como a opção por um dos dois benefícios.

Esclareço, todavia, que em razão do recebimento de aposentadoria por idade pelo autor - conforme se verifica da pesquisa realizada no sistema CNIS/Plenus - desde 29/04/2004 - o benefício de aposentadoria por tempo de serviço ora concedida é devido até 28/04/2004, a partir de quando, o autor deve optar pelo recebimento de uma ou outra aposentadoria, dada a impossibilidade de cumulação, conforme determina o artigo 124 da Lei nº 8.213/91; compensando-se, ainda, no que couber, os valores devidos com os valores já pagos decorrentes da concessão administrativa.

Por outro lado, quanto à omissão apontada pelo INSS, acerca da não observância da Lei nº 11.960 de 29/06/2009 na fixação dos juros de mora, não merece provimento.

É de se ressaltar que essa matéria foi apreciada de forma clara e coerente com o mérito da causa, conforme se depreende da transcrição de parte do voto, às fls. 232, pertencente ao respectivo Acórdão embargado, *in verbis*.

“Os juros de mora incidirão à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da data da citação até 11 de janeiro de 2003, nos termos dos artigos 1.062 do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil. A partir dessa data, são devidos juros de 1% (um por cento) ao mês, na forma do artigo 406 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002”.

Com efeito, a providência pretendida pela parte embargante neste ponto, em realidade, é a revisão da própria razão de decidir, não tendo guarida tal desiderato em sede de embargos declaratórios.

Confira-se, nesse sentido:

“Inexistindo na decisão embargada omissão a ser suprida, nem dúvida, obscuridade ou contradição a serem aclaradas, rejeitam-se os embargos de declaração. Afiguram-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração à modificação da substância do julgado embargado. Admissível, excepcionalmente, a infringência do ‘decisum’ quando se tratar de equívoco material e o ordenamento jurídico não contemplar outro recurso para a correção do erro fático perpetrado, o que não é o caso. Impossível, via embargos declaratórios, o reexame de matéria de direito já decidida, ou estranha ao acórdão embargado.” (STJ, Edcl 13845, rel. Min. César Rocha, j. 29/06/1992, DJU 31/08/1992, p. 13632).

Ademais, tal questão sequer foi objeto de sua apelação.

Por essa razão, só por meio do competente recurso deve ser novamente aferida e não por meio de embargos de declaração.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração interpostos pelo INSS, para, imprimindo-lhes excepcionalmente efeitos infringentes, integralizar o acórdão de fls. 230/233 nos termos da fundamentação.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0005236-35.2005.4.03.0000
(2005.03.00.005236-6)**

Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Interessados: UNIÃO FEDERAL, DEPARTAMENTO NACIONAL DE
INFRA ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT, ESTADO
DE SÃO PAULO E DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE
RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: AI 227737

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL - DUPLICAÇÃO DA RODOVIA FERNÃO DIAS, NO TRECHO PAULISTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O precedente invocado na r. decisão monocrática diz respeito, *exatamente*, à impossibilidade do Poder Judiciário interferir nas escolhas populares, viabilizadas através das representações qualificadas nos partidos políticos.
2. As prioridades orçamentárias, diante do vastíssimo elenco de obras, serviços e encargos públicos, são definidas pelos representantes do povo, não pelos juízes, *tanto mais no âmbito limitado de ação civil pública, infenso e hermético à democrática participação popular*.
3. Precedente específico da Presidência do Supremo Tribunal Federal: STA 113.
4. Nos embargos de declaração, é incabível o reexame do mérito da decisão.
5. Embargos rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de julho de 2010.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA -
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público Federal contra o v. Acórdão que, a partir de ação civil pública - proposta pela Instituição -, manteve a r. decisão monocrática, prolatada por este Relator, que indeferiu ordem liminar, para a *conclusão compulsória* das obras de duplicação da *Rodovia Fernão Dias*, no trecho localizado no território paulista.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA -
Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Por ocasião da interposição do presente agravo de instrumento, decidi monocraticamente:

“No Estado Democrático de Direito, sob a *premissa* da insuficiência das disponibilidades em face da magnitude das exigências sociais, a alocação de recursos é objeto de *lei orçamentária específica*.

A Constituição Federal qualifica, pela via do processo eleitoral,

os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, para a iniciativa, o debate, a elaboração e a execução desta norma legal.

A elaboração da lei orçamentária específica está sujeita ao *devido processo legal legislativo*, no qual o debate dos interesses sociais contrapostos é realizado com a *mais ampla publicidade*, sob a intermediação das facções representadas nos partidos políticos legitimados pela *escolha popular*.

O Poder Judiciário *não tem* autorização constitucional para a eleição de uma necessidade social, sem a consideração de todas as outras, tanto mais no âmbito limitado e pontual de ação civil pública, cuja petição inicial carece de elementos fáticos *imprescindíveis* sobre a ponderação da *complexidade* da realidade social, da *insuficiência dos recursos públicos* diante da *dimensão das demandas coletivas* e, sobretudo, do interesse de *todos os cidadãos* potencialmente legitimados a exigir *participação no debate, na elaboração e na execução do orçamento público*.

O Supremo Tribunal Federal tem mantido estrito rigor na observância da cláusula constitucional da separação dos poderes, quando se trata da exigência da elaboração de lei, para a criação, a modificação e a extinção de direitos, como é o *caso específico da lei do orçamento*.

No RE 322348-AgR/SC, o Ministro Celso de Mello registrou: 'A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala

condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes’.

No RMS 21662/DF, a ementa do julgado esclarece:

‘O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição’.

Deste último precedente, cabe ressaltar que nem mesmo a invocação da cláusula constitucional da isonomia pode justificar o exercício arbitrário das funções executivas ou parlamentares pelo Poder Judiciário.

Aqui, registre-se, ao contrário, se aceita a compulsória alocação de recursos, por força exclusiva de individual ordem judicial, no âmbito acanhado de limitado instrumento processual, a coletividade dos cidadãos estaria sendo posta em posição de inferioridade diante dos beneficiários da conclusão da obra.

Em matéria de orçamento, a isonomia é preservada se todos os cidadãos têm igual oportunidade para influir no debate, na elaboração e na execução da lei específica.

O recurso é de manifesta improcedência, porque objeto de jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal, passível de julgamento monocrático, nos termos do artigo 557,

‘caput’, do Código de Processo Civil.
Por estes fundamentos, nego seguimento ao recurso”.

No julgamento do regimental, acrescentei:

“O agravo regimental invocou, a título de impugnação, outro precedente do Supremo Tribunal Federal: r. decisão monocrática prolatada pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, da qual destaca:

‘Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo

motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item nº 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático’.

Não há divergência entre os precedentes invocados na decisão atacada e no agravo regimental. Na ADPF nº 45, ressaltou-se a impossibilidade do Poder Público, por ação ou omissão, frustrar maliciosamente as normas constitucionais impositivas de políticas públicas.

Também este precedente guarda o *ponderado* marco da razoabilidade. O compromisso com a *execução plena* da Constituição Federal está sujeito à exigência da *realidade dos fundamentos de fato* da demanda.

No caso concreto, a petição inicial da ação civil pública, o agravo de instrumento e o agravo regimental não trazem *um* dado sobre o ‘inescapável vínculo financeiro subordinado

às possibilidades orçamentárias do Estado’.

Menos, ainda, indicam a ‘indevida manipulação’ da ‘atividade financeira e/ou político-administrativa’ pelo Poder Público, para ‘criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência’.

A propósito, a exatidão determina registrar que o caso teve início com *singela* mensagem eletrônica (fls. 510) enviada, por cidadã, ao Ministério Público Federal. Nas primeiras cinco linhas, constou o registro da indignação com o estado da Rodovia Fernão Dias.

Na sexta e na última linhas da *concisa* mensagem da cidadã, o que interessa agora: ‘Aliás, gostaria que verificassem como está o orçamento destinado à conservação das rodovias federais. Existe orçamento’?

O Poder Judiciário precisa de resposta *positiva e documentada*, para atravessar, *com legitimidade*, a linha da separação dos poderes. Falta, no caso, ao menos *neste* momento processual, *algum* substrato de prova idônea. *Um* dado técnico sobre as disponibilidades orçamentárias. A indicação de que, no âmbito das várias pessoas jurídicas de direito de público chamadas na volumosa ação, *alguém* não tenha empenhado o dinheiro público, podendo fazê-lo, ou o tenha feito não exatamente para as coisas públicas.

De outra parte, a qualificação da atividade jurisdicional, como *função de governo*, é legítima. *Sob* as premissas do sistema legal. Distinto é o governo legislativo e executivo pelos juízes contra a representação popular e a separação constitucional dos poderes. *Abuso de poder*. *Sobre* as premissas do sistema legal.

STF - Decisão monocrática no RE 422298/PR:

‘O Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil pública visando à imposição, ao Governo Estadual, de obrigação de fazer consubstanciada na construção de

estabelecimento prisional adequado. 2. O Tribunal de Justiça local afirmou que o reconhecimento da pretensão deduzida pelo MP afrontaria ao princípio da “Separação dos Poderes”, vez que “[n]o presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do Poder Executivo, na medida em que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra” [fls. 216]. 3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE nº 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2006. Ministro Eros Grau – Relator’.”

Por fim, com o beneplácito unânime desta 4ª Turma, neguei provimento ao regimental.

Agora, os embargos de declaração.

Alega-se que o precedente invocado na r. decisão monocrática é genérico.

Não é. O precedente diz respeito, *exatamente*, à impossibilidade do Poder Judiciário interferir nas escolhas populares, viabilizadas através das representações qualificadas nos partidos políticos.

Por outro lado, a existência de convênio destinado a regulamentar a execução da obra pública não é causa de derrogação do sistema eletivo, de natureza político-partidária.

As prioridades orçamentárias, diante do vastíssimo elenco de obras, serviços e encargos públicos, são definidas pelos representantes do povo, não pelos juízes, *tanto mais no âmbito limitado de ação civil pública, infenso e hermético à democrática participação popular.*

Em *questão idêntica*, a *Presidência do Supremo Tribunal Federal* reconheceu a *gravidade da lesão provocada pela indevida intervenção do Poder Judiciário*, na arena político-partidária do orçamento.

“DECISÃO: O Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/93, requer a suspensão dos efeitos da decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do TJRS no julgamento do agravo de instrumento nº 70017086257 (fls. 177-195), que concedeu a antecipação de tutela nos autos da Ação Civil Pública nº 10600004167, em trâmite na Comarca de Mostardas/RS, ‘para determinar ao DAER que tome as providências atinentes à realização de obras de recuperação na RST 101’ (fl. 178). A parte dispositiva da decisão impugnada possui o seguinte teor (fl. 170): ‘Isso posto, concedo em parte a liminar, para determinar ao DAER que: * Apresente, no prazo de 30 dias, cronograma das obras de recuperação, restauração, conservação e/ou manutenção dos problemas apontados na RST 101, no trecho entre Bacori (Mostardas) e Capão Comprido (Tavares); * Efetue, no prazo de 90 dias, as obras emergenciais de recuperação, restauração, conservação e/ou manutenção dos problemas apontados na RST 101, no trecho entre Bacori (Mostardas) e Capão Comprido (Tavares), tornando-a novamente trafegável, sem riscos aos usuários; * Sinalize adequadamente, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro, as obras que vierem a se realizar, em decorrência da decisão a ser proferida na ação civil pública;’ Em caso de descumprimento da decisão, foi fixada ‘multa diária no valor de R\$ 10.000,00, a partir da mora’ (fl. 170). O pedido da autarquia estadual vem embasado nos seguintes fundamentos: a) ocorrência de ‘grave afronta à ordem administrativa’ (fl. 06). Entende o requerente que ‘descabe ao Judiciário substituir o Poder Público fixando providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que elas sejam, sob

pena de comprometer-se, irreparavelmente, o princípio da harmonia e separação dos poderes’ (fl. 19); b) lesão à economia pública, já que ‘para a completa restauração na rodovia seriam necessários mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)’ (fl. 08); c) que a pretensão da ação civil pública é de que ‘o Poder Judiciário invada seara destinada às políticas públicas, elegendo prioridades em substituição ao Poder Executivo, sem estudos prévios, decidindo, ademais, sobre a realização de despesas públicas, de valor elevadíssimo, sem qualquer previsão orçamentária, quando, em verdade, estudos vêm sendo empreendidos para melhorar as condições de segurança da malha viária do Estado’ (fl. 08). O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação civil pública, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição Federal, negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 205/206). A Procuradoria-Geral da República opina pelo deferimento do pedido (fls. 212-218). Preliminarmente, reconheço que a controvérsia deduzida na ação civil pública (fls. 46-72) e no acórdão ora impugnado (fls. 155-170 e 177-195) evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição Federal. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, *c/c* art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. Passo ao exame do mérito do pedido de

suspensão da execução da tutela antecipada em comento. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, § 1º, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Na hipótese em tela, entendo ofensiva à ordem pública, nela compreendida a ordem administrativa, a decisão judicial que, no caso, afasta da Administração seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade na destinação dos investimentos a serem feitos em matéria de infra-estrutura. Ademais, a decisão, cuja eficácia se pretende suspender, impõe ao requerente a execução de obras que afetarão o planejamento estatal, exigindo um remanejamento de verbas que, com certeza, irá beneficiar uma dada área em detrimento de outra, tendo presente, aqui, a idéia de recursos limitados e a crescente demanda por serviços públicos. Neste aspecto, vale enfatizar, conforme noticiado na inicial, que a ‘Junta de Coordenação Orçamentária (...) composto pelo Secretário de Estado da Coordenação e Planejamento, Secretário de Estado da Fazenda e pelo Chefe da Casa Civil, não autorizou a abertura de processo licitatório para a ampla e completa restauração da RST 101 (trecho de 123,60 km, entre Capivari e Mostardas)’ (fl. 08), bem como que, ‘diante da impossibilidade de se recuperar todas as rodovias estaduais em mau estado de conservação, dá-se preferência aquelas que suportam maior intensidade de tráfego e movimentação de cargas’ (fl. 08). Também fica evidenciada a lesão à economia pública, visto não constar do orçamento da autarquia montante apto a cumprir os ditames da decisão atacada - ‘mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)’ (fl. 08), segundo a inicial -, o que poderá comprometer a

execução orçamentária do ente estatal. Por outro lado, observo que a aplicação de multa diária equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) impõe elevado ônus ao requerente, acarretando lesão à economia pública em detrimento de toda a coletividade. Sobre a hipótese ora em análise, vale ainda transcrever parte do parecer da PGR (fls. 214-218): ‘(...) cabe ao Poder Judiciário, ao reconhecer lesões a direitos subjetivos, determinar ao poder competente para tanto, que as faça cessar. 10. Contudo, não se pode olvidar que as políticas públicas, notadamente aquelas relacionadas ao incremento de serviços públicos ou satisfação de direitos sociais, demandam gastos vultosos e pesados, revelando-se imprescindível minucioso estudo acerca das implicações de um acréscimo em dado setor, em detrimento de outro. (...) 12. Ante as peculiaridades do quadro acima exposto, conclui-se que, posto seja admissível a intervenção do Poder Judiciário na órbita do Poder Executivo, determinando o empreendimento de prestações positivas, que venham a atender as ânsias da sociedade, lastreadas em direitos subjetivos, essa interferência deve se circunscrever aos limites gizados pelo princípio da proporcionalidade. 12. Tal princípio, na hipótese em tela, se concretiza pela cláusula da reserva do possível, entendimento que tem sido perfilhado, reiteradamente, por essa Suprema Corte. (...) 15. Ajustando tal entendimento à espécie, é de concluir-se que, a despeito da razoabilidade, em princípio, de determinação judicial no sentido de implementação de atos que visem à recuperação da malha rodoviária, não parece possível a extensão demasiadamente ampla da ordem. 16. Segundo informa o requerente¹⁶. Segundo informa o requerente a completa restauração da rodovia exigiria o aporte de mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), montante que vem sendo aplicado na recuperação e manutenção de outros trechos. Por este enfoque, o valor demandado ultrapassaria as previsões de despesas da autarquia. 17. Logo, mostra-se presente a violação à economia pública,

na medida em que imposto ao requerente dispêndio com o qual não está habilitado a arcar, sendo, ademais, fixada multa, que culminará em ônus ainda maior.’ Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/92, 1º da Lei 9.494/97 e 297 do RISTF, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão proferida pelo TJRS nos autos do Agravo de Instrumento nº 70017086257. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 22 de março de 2007. Ministro GILMAR MENDES Vice-Presidente (RISTF, art. 37, I).” (STA 113, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 22/03/2007, publicado em DJ 09/04/2007 PP-00018).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.
É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA -

Relator

- Sobre o AgRg Ag 2005.03.00.005236-6/SP, veja também o acórdão proferido pelo Desembargador Federal Fábio Prieto, publicado na RTRF3R 82/246.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM
APELAÇÃO CÍVEL
0003173-08.2008.4.03.9999
(2008.03.99.003173-9)**

Embargante: EXPONENCIAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 236/246

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Sucedida: ALBUQUERQUE TAKAOKA PARTICIPAÇÕES LTDA.

Origem: JUÍZO DE DIREITO DE BARUERI - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: AC 1273009

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO DE FATO - TRANSFERÊNCIA DE OCUPAÇÃO ATRAVÉS DE ESCRITURA PÚBLICA - COMUNICAÇÃO À SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO - EMBARGOS PROVIDOS, COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. O aresto embargado, ao dar provimento ao recurso da União, deixou de considerar a certidão de registro de imóvel, acostada às fls. 49/50. Trata-se, na verdade, de erro de fato, que pode e deve ser corrigido via embargos de declaração, como vem admitindo o Egrégio STJ (EDcl no AgRg no REsp nº 412393/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 23/06/2010; EDcl nos EDcl nos EAg nº 931594/RS, Corte Especial, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 25/02/2010). Assim sendo, devem ser acolhidos os embargos, para declarar o acórdão, esclarecendo que restou demonstrado, através de certidão de registro de imóvel, que a transferência de domínio útil foi expressamente autorizada por meio de certidão de aforamento expedida pela Secretaria de Patrimônio da União em 15/04/96, e negando provimento ao apelo da União.

2. O pagamento da taxa de ocupação é “obrigação pessoal, que não se transfere jungida a coisa; e é de caráter público, devendo ser interpretada de forma a não limitar a soberania da União na gestão das coisas que lhe pertencem, em nome do próprio interesse público subjacente” (STJ, REsp nº 1145801/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 19/08/2010).

3. Na hipótese dos autos, consta, da certidão de registro do imóvel, que foi autorizada expressamente a transferência do domínio útil, através da Certidão de Aforamento nº 0542/96, expedida em 15/04/96, como se vê de fl. 50/50vº (Av. 06). Assim sendo, tendo em conta que o débito relativo ao não pagamento de foros devidos em razão do domínio útil sobre imóvel pertencente à União (art. 127 do DL 9760/46), como se vê da certidão de dívida ativa, acostada às fls. 03/05, se refere ao período de 1998, 2001 e 2002, não pode a execução prosseguir contra a embargante, devendo ser mantida a r. sentença recorrida, que extinguiu o feito, sem resolução do mérito.

4. Embargos providos, com atribuição de efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos por

EXPONENCIAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
contra o v. acórdão de fls. 236/246:

“EXECUÇÃO FISCAL - TAXA DE OCUPAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’ - TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO ÚTIL - REGISTRO IMOBILIÁRIO - NECESSIDADE - ART. 1245 DO CÓDIGO CIVIL - ART. 116 DO DL 9760/46 - ART. 3º DO DL 2397/87 - RECURSO PROVIDO.

1. A transmissão de propriedade imóvel em nosso sistema jurídico - via de regra ocorre por intermédio do registro do título hábil no Cartório de Imóveis competente. Sabe-se que o instrumento contratual, por si só, não possui o condão de transferir direito real. Gera apenas direito de cunho pessoal entre os contratantes.

2. Além de expressa disposição do art. 1245 do Código Civil, a leitura do disposto no art. 116 do DL 9760/46 e no art. 3º do DL 2397/87 revela que a transferência do domínio útil só ocorre mediante registro no Cartório de Imóveis, precedido de certas diligências e sucedido de outras.

3. Não se pode opor à União Federal um instrumento particular celebrado pela executada e terceiro, para o fim de obstar a exigibilidade do crédito fiscal que serve de pano de fundo para este recurso.

4. Precedentes desta Corte (AG nº 2005.03.00.019781-2/SP, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal Johanson de Salvo, DJU 25/04/06, pág. 233; AC nº 2003.61.82.051204-9/SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, DJU 05/08/05, pág. 395).

5. Inaplicável o disposto no art. 130 do CTN, porque não se trata de tributo. E mesmo que assim não fosse, o dispositivo em referência parte do pressuposto de que houve a transferência perfeita e acabada da propriedade imóvel, o que não se implementou na hipótese.

6. A exceção de pré-executividade, ademais, ainda que não

esteja prevista em nosso ordenamento jurídico, tem sido admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, mas apenas nos casos em que o juízo pode conhecer, de ofício, a matéria e sem a necessidade de dilação probatória.

7. No caso concreto, no entanto, não só a discussão sobre a ilegitimidade ‘ad causam’, objeto de exame pela r. sentença, como também as questões relativas à inexistência de regime de aforamento, à inexistência de contrato de aforamento, à impossibilidade de revisão dos valores e à ocorrência da prescrição, também suscitadas na exceção de pré-executividade oposta pela apelante, dependem de dilação probatória, cabível, apenas, na fase instrutória própria dos embargos à execução, nos termos do art. 16 da Lei 6830/80.

8. Recurso provido, para afastar a extinção do feito e determinar a remessa dos autos à Vara de origem, dando-se prosseguimento à execução fiscal.”

Alega, em síntese, que o v. acórdão embargado está eivado de omissão, vez que deixou de considerar a certidão de registro de imóvel, acostada às fls. 49/50.

Pede, assim, seja sanada a irregularidade, reformando-se o acórdão, até porque o esclarecimento se faz necessário para fins de prequestionamento.

Intimada a manifestar-se sobre estes embargos de declaração, a União, às fls. 263/265, requereu a manutenção do v. acórdão.

É O RELATÓRIO.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Merecem acolhida estes embargos de declaração.

É verdade que o aresto embargado, ao dar provimento ao recurso da União, deixou de considerar a certidão de registro de imóvel, acostada às fls. 49/50.

Trata-se, na verdade, de erro de fato, que pode e deve ser corrigido via embargos de declaração, como vem admitindo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“São cabíveis Embargos de Declaração opostos com finalidade de corrigir existência de erro de fato, adotado como premissa para o julgamento questionado. Precedentes do STJ.” (EDcl no AgRg no REsp nº 412393/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 23/06/2010)

“‘Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos de declaração com efeito infringente, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento’ (EDcl no REsp nº 255597/SP, Relator Ministro Castro Filho, *in* DJ 16/12/2002)”.

(EDcl nos EDcl nos EAg nº 931594/RS, Corte Especial, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 25/02/2010)

E, no caso, os embargos de declaração devem ser acolhidos, com efeitos infringentes.

Com efeito, o v. acórdão embargado deixou expresso, em sua ementa, que:

“Além de expressa disposição do art. 1245 do Código Civil, a leitura do disposto no art. 116 do DL 9760/46 e no art. 3º do DL 2397/87 revela que a transferência do domínio útil só ocorre mediante registro no Cartório de Imóveis, precedido de certas diligências e sucedido de outras.” (fl. 245)

E, nos termos do Decreto-lei nº 3438/41, artigo 24, a transferência da ocupação depende de licença prévia da União:

“Os pedidos de licença para transferência de aforamento

ou ocupação, dirigidos ao chefe do Serviço Regional do Domínio da União deverão mencionar expressamente o nome do adquirente e o preço ajustado da transação.”

Tal medida, na verdade, é imprescindível para que a União possa fazer as devidas anotações.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que não se pode admitir que o adquirente seja o único responsável pelo pagamento da taxa de ocupação, visto que tal interpretação do artigo 128 da Lei nº 9760/46 não se coaduna com a natureza do instituto da ocupação:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - TERRENO DE MARINHA - TAXA DE OCUPAÇÃO - REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO - OBRIGAÇÃO PESSOAL - TRANSFERÊNCIA DE OCUPAÇÃO - VIOLAÇÃO DO ART. 24 DO DECRETO-LEI Nº 3438/41 - NECESSIDADE DE SOLICITAÇÃO PRÉVIA.

1. Os terrenos de marinha são bens dominicais da União, os quais, no passado, desde o tempo da realeza, destinavam-se à defesa do território nacional ao permitir a livre movimentação de tropas militares pela costa marítima.
2. Permite-se a ocupação dos terrenos de marinha por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação.
3. A taxa de ocupação é o preço pago à Fazenda Pública pela utilização de bem que lhe pertence. Não possui natureza tributária (Lei nº 4320/1964, art. 39, § 2º). Situa-se, eminentemente, no Direito Público.
4. Apesar de intimamente ligada à realidade da coisa, a taxa de ocupação decorre de uma obrigação pessoal oriunda de relação jurídica entre o ocupante e a Administração Pública.
5. Merece reforma a decisão do Tribunal ‘a quo’, ao entender que a redação do art. 128, § único, do Decreto-Lei nº 9760/46 (em vigor à época), tornou o adquirente o único responsável pelo pagamento da taxa, independente do respectivo registro.

6. A exegese dada pelo Tribunal de origem, a par de integrar a lei, não se coaduna com a natureza do instituto da ocupação, haja vista que é obrigação pessoal, que não se transfere jungida a coisa; e, é de caráter público, devendo ser interpretada de forma a não limitar a soberania da União na gestão das coisas que lhe pertencem, em nome do próprio interesse público subjacente.

7. Dispõe o art. 24 do Decreto-Lei nº 3438/41, 'verbis': 'Os pedidos de licença para transferência de aforamento ou ocupação, dirigidos ao chefe do Serviço Regional do Domínio da União deverão mencionar expressamente o nome do adquirente e o preço ajustado da transação'.

8. Restaura-se o entendimento do juízo primevo, ao sentenciar que era obrigação do autor comunicar à Secretaria de Patrimônio da União - SPU a transferência da ocupação do imóvel a terceiro, de forma a possibilitar ao ente público fazer as devidas anotações.

9. Recurso especial provido."

(REsp nº 1145801/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 19/08/2010)

Na hipótese dos autos, observo que consta, da certidão de registro do imóvel, que foi autorizada expressamente a transferência do domínio útil, através da Certidão de Aforamento nº 0542/96, expedida em 15/04/96, como se vê de fl. 50/50vº (Av. 06).

Assim sendo, não pode a execução prosseguir contra a embargante, visto que o débito, oriundo do não pagamento de foros devidos em razão do domínio útil sobre imóvel pertencente à União (artigo 127 do Decreto-lei nº 9760/46), se refere ao período de 1998, 2001 e 2002, como se vê da certidão de dívida ativa, acostada às fls. 03/05.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO aos embargos*, com efeitos infringentes, para declarar o acórdão, esclarecendo que restou demonstrado, através de certidão de registro de imóvel, que a transferência de domínio útil foi expressamente autorizada por

meio de certidão de aforamento expedida pela Secretaria de Patrimônio da União em 15/04/96, e negando provimento ao apelo da União.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

“HABEAS CORPUS”

“HABEAS CORPUS”
0025563-59.2009.4.03.0000
(2009.03.00.025563-5)

Impetrantes: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO
Paciente: ROBERTO DE MELLO ANNIBAL
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVIO GEMAQUE
Classe do Processo: HC 37299
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2010

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PREVARICAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. REFERÊNCIA A INÚMEROS DIÁLOGOS CAPTADOS NO CORPO DA DENÚNCIA. PROVA INCRIMINATÓRIA (DVDs DAS CONVERSAS CAPTADAS) QUE NÃO ACOMPANHOU A DENÚNCIA. ABERTURA DE PRAZO PARA DEFESAS PRELIMINARES (ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) E DEFESAS PRÉVIAS (ARTIGO 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) SEM QUE OS RÉUS TIVESSEM ACESSO À PROVA INCRIMINATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. ACESSO A PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO EM TRÂMITE NO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL: DESCABIMENTO.

1. *Habeas corpus* objetivando a degravação de oito DVDs citados na denúncia e a juntada da íntegra do PIC 07/08-A, em trâmite no Ministério Público do Estado de São Paulo (Gaeco de Bauru), a fim de se oportunizar acesso à defesa do paciente destes documentos, em fase de defesa preliminar do artigo 514 do Código de Processo Penal, nos autos da ação penal 2007.61.17.002322-5, em que o paciente (funcionário público) figura como réu.

2. A ausência de DVDs contendo conversas telefônicas, captadas por meio de interceptação telefônica, utilizadas para lastrear a denúncia, nos autos da ação penal originária é incontroversa, conforme se observa das informações da autoridade coatora.
3. A extensa exordial acusatória, subscrita em conjunto pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, transcreve inúmeros diálogos captados em interceptações telefônicas ao longo de todo o seu texto, a fim de demonstrar o elo entre os vários denunciados (52) no esquema criminoso, que contaria com a participação de policiais civis, inclusive Delegado de Polícia Civil de alto escalão, os quais estariam comprometidos com o jogo de azar, dando proteção aos comerciantes onde as máquinas estavam instaladas para que a fiscalização não os atingisse, em troca de recebimento de propina, partindo daí a imputação de contravenção do jogo do bicho, contrabando ou descaminho, facilitação de contrabando ou descaminho, formação de quadrilha, prevaricação e corrupção ativa.
4. Embora as transcrições dos diálogos captados em interceptações telefônicas permeiem toda a peça acusatória, a prova desta captação não acompanhou a denúncia.
5. Mas a questão está superada porque as mídias realmente existiam e foram juntadas aos autos da ação penal por força de questionamento neste *writ*.
6. A prova da materialidade e os indícios de autoria extraídos das conversas transcritas na denúncia puderam ser confirmadas pelas mídias digitais, a validar a decisão de recebimento da denúncia.
7. As provas embasadoras da denúncia devem ser disponibilizadas aos denunciados para possibilitar a ampla defesa e o efetivo contraditório precedentemente à fase de defesa prévia ou preliminar.
8. O acesso da defesa às mídias referidas na denúncia sequer necessitaria de requerimento da parte ré, pois, considerando-se que as gravações em DVDs de conversas

captadas dão suporte à inicial acusatória para o fim de incriminar o paciente, são componentes da própria peça acusatória.

9. O juízo impetrado, concedeu aos réus funcionários públicos (situação do paciente) o direito de manifestarem-se também na fase do artigo 396-A do Código Penal, ou seja, em mais uma fase processual de “defesa prévia”.

10. Não se entrevê prejuízo à defesa do paciente e dos demais réus da ação penal em se manifestarem na fase do artigo 396-A, munidos das mídias digitais.

11. A ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes reclamados nesta impetração - oportunização de conhecer o conteúdo das mídias digitais, de elaborar nova defesa, arrolar testemunhas e fazer reperguntas às testemunhas implicadas nas conversas captadas - será plenamente exercida, com a oportunização de manifestação na fase do artigo 396-A do Código de Processo Penal.

12. A ausência de prejuízo à defesa desautoriza a anulação do trâmite processual a partir da fase do artigo 514 do Código Penal (anteriormente ao recebimento da denúncia).

13. A degravação das mídias não se revela imprescindível para o pleno exercício da defesa e do contraditório, bastando a disponibilização do conteúdo dos DVDs na forma digital, no prazo adequado. Precedentes do STJ.

14. O pedido de acesso ao PIC 07/08-A é de ser denegado, diante da inexistência de prova pré-constituída da real imprescindibilidade ao conhecimento deste procedimento investigatório, até porque foram trasladadas cópias ao PIC 21/07-B, do qual a defesa teve integral acesso.

15. Ordem concedida parcialmente para anular os atos processuais praticados a partir da defesa preliminar do artigo 396-A do Código de Processo Penal, renovando-se-os, diante da ausência de disponibilização à defesa de documentos (DVDs) embaixadores da denúncia, frisando-se que esta fase processual deve ser concedida a todos os réus, inclusive os funcionários públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, *ACORDAM* os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, *conceder parcialmente a ordem* para anular os atos processuais praticados a partir da defesa preliminar do artigo 396-A do Código de Processo Penal, renovando-os, diante da ausência de disponibilização à defesa de documentos (DVDs) embaixadores da denúncia, e estendendo essa ordem aos demais réus, inclusive os funcionários públicos, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto da Desembargadora Federal Vesna Kolmar e pelo voto do Desembargador Federal José Lunardelli, que o fez em maior extensão para assegurar ao impetrante o acesso ao inteiro teor do PIC nº 07/08, ficando vencido nesta parte, e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte deste julgado.

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE (Relator):

Versam os autos sobre *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alberto Zacharias Toron e Fernando da Nóbrega Cunha em favor de ROBERTO DE MELLO ANNIBAL, Delegado de Polícia, contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara de Jaú/SP, que negou acesso ao paciente de DVDs referidos na denúncia, nos autos da ação penal nº 2007.61.17.002322-5, em que este figura como réu.

Segundo a impetração, o paciente sofre constrangimento ilegal sob o argumento de cerceamento de defesa, consubstanciado na negativa da autoridade impetrada de acesso a documentos (DVDs) embaixadores da inicial acusatória, os quais contém gravações ambientais de conversas, cujo teor, segundo a acusação, incriminariam o paciente.

Consta da impetração também que, oportunamente, em fase de defesa preliminar os impetrantes requereram vista das mídias, mas o juízo “a quo” limitou-se a receber a denúncia e designar audiência para oitiva de testemunhas de acusação, sem decidir sobre o pedido e sem determinar a degravação dos DVDs.

Consoante a impetração, o cerceamento de defesa se revela manifesto também pela circunstância de um dos interlocutores das conversas captadas e gravadas nos DVDs ter sido arrolado como testemunha da acusação e, assim, com a proximidade da audiência e a impossibilidade de tomar conhecimento do conteúdo das declarações desta testemunha previamente ao ato designado, inviável o exercício pleno do contraditório.

Esclarecem os impetrantes que a ação penal originária teve como subsídio investigações levadas a cabo pelo Ministério Público Estadual no Procedimento Investigatório Criminal 07/08-A (PIC 07/08-A). E que algumas das peças deste apuratório foram trasladadas para o PIC 21/07-B, do qual teve acesso a defesa. No entanto, pugnam pelo acesso integral ao PIC 07/08-A, instaurado para apurar, entre outros, os mesmos fatos indicados na ação penal originária.

Postulam os impetrantes, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento do *writ*. Ao final, pugnam pela anulação da ação penal para que se proceda à degravação dos DVDs citados na denúncia e à juntada da íntegra do PIC 07/08-A, em trâmite no Ministério Público do Estado de São Paulo (Gaeco de Bauru), oportunizando-se acesso à defesa destes documentos, em fase de defesa prévia do artigo 514 do Código de Processo Penal.

Informações da autoridade coatora às fls. 578/578v, instruída com os documentos de fls. 579/586, tendo sido esclarecido que os referidos DVDs não estavam nos autos da ação penal.

Às fls. 588/590 consta cópia de petição do Ministério Público Federal ao juízo *a quo*, na qual informa que recebeu do Promotor de Justiça do GAECO 8 DVDs, requerendo a juntada ao feito, tendo a autoridade coatora cientificado a defesa destes novos documentos apresentados.

Diante da apresentação das mídias digitais à defesa, o então Relator do *writ*, Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, julgou prejudicada a impetração por entender satisfeito o pedido dos impetrantes, de acesso aos DVDs (fls. 592 e verso).

Interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática de fls. 592 e verso, sob o argumento de que o pedido de *habeas corpus* não se limita à obtenção dos DVDs, tendo em vista a alegação de ocorrência de cerceamento de defesa, antes mesmo do recebimento da denúncia, inviabilizando-se a possibilidade de contraditar a inicial acusatória em fase de defesa preliminar, formular adequadamente o rol de testemunhas e de participar efetivamente da audiência para oitiva de testemunhas da acusação, de forma que o acesso posterior aos DVDs não sanou o vício. Acrescentam os impetrantes que o acesso aos DVDs irá ocorrer em tempo insuficiente para a análise do conteúdo, considerando-se a audiência de instrução marcada para 07.08.2009 e que falta documento embasador da denúncia (PIC 07/08-A) a que não foi franqueado o acesso. Requerem, em caráter liminar, o sobrestamento da audiência (fls. 593/597).

Pedido de informações à autoridade coatora, para indagar ao juízo se as partes tiveram acesso aos DVDs em tempo hábil à realização da audiência (fls. 599).

Informações às fls. 607, com documentos de fls. 608/613, consignado-se o juízo *a quo* que as partes foram intimadas da juntada dos DVDs aos autos em 03.08.2009 e que apenas três dos defensores requereram cópia das mídias.

Reconsiderada a decisão que julgou prejudicada a impetração e deferida em parte a liminar para suspender a realização da audiência, com determinação ao juízo impetrado para redesignação da data, com intervalo mínimo de dez dias (fls. 615).

Parecer ministerial da lavra do DD. Procurador da República, Dr. Márcio Domene Cabrini, pelo conhecimento parcial do *writ* e pela denegação da ordem (fls. 618/623).

Nova petição dos impetrantes para sobrestamento da ação e da audiência remarcada para 04.09.2009, sob o argumento que o PIC 07/08-A não foi juntado aos autos de forma integral (fls. 625/627).

Decisão do E. Relator Márcio Mesquita, suspendendo a ação penal, *ad cautelam*, até ulterior determinação, considerada a informação de que outro documento embasador da denúncia - PIC 07/08-A - não foi juntado integralmente aos autos, impedindo outra vez o acesso da defesa, em tempo hábil, a documentos da acusação (fls. 631 e verso).

Informações complementares da autoridade impetrada às fls. 637/639, com o documento de fls. 640.

Nova manifestação ministerial pela denegação da ordem (fls. 643).

Pedido do *Parquet* Federal de julgamento urgente do *writ* ou, secundariamente, de revogação da liminar (fls. 646/648).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SÍLVIO GEMAQUE (Relator):

Pretendem os impetrantes a anulação da ação penal para que se proceda à degravação dos DVDs citados na denúncia e à juntada da íntegra do PIC 07/08-A, em trâmite no Ministério Público do Estado de São Paulo (Gaeco de Bauru), oportunizando-se acesso à defesa destes documentos, em fase de defesa preliminar do artigo 514 do Código de Processo Penal.

Do cotejo das alegações tecidas e dos documentos anexados, vislumbro constrangimento ilegal imposto ao paciente.

No tocante ao acesso do conteúdo dos DVDs embasadores da denúncia: a ausência dos DVDs - reclamados pelos impetrantes - nos autos da ação penal originária é incontroversa, conforme se observa das informações da autoridade coatora de fls. 578, da certidão de fls. 584 e da petição ministerial de fls. 585 verso. Confira-se das informações da autoridade impetrada (fls. 578 e verso):

“Acerca dos fatos referidos no *habeas corpus* acima referido, tenho a honra de informar o seguinte:

A denúncia que encetou a ação penal nº 2007.61.17.002322-5 faz referência ao relatório de fls. 305/313, do PIC de nº 21/07-B, salientando que este documento ‘evidencia o recebimento de certo valor por máquina, ou de valores mensais fixos’ (...).

Referido relatório, de fato, encontra-se juntado a fls. 305/313 do Procedimento Investigatório Criminal - PIC nº 21/07-B, levado a efeito pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em Bauru, cuja cópia se acha apensada à ação penal (...). O subscritor do relatório em questão menciona a existência de mídia(s) digitai(s) DVDs.

Determinei que a Secretaria deste Juízo informasse sobre o eventual recebimento desta(s) mídia(s) (fls. 3868), sendo lavrada a certidão no sentido de que não nos foi (ram) enviada(s) (fls. 3869).

Instado a se pronunciar, o Ministério Público Federal exarrou a manifestação de fls. 3872, onde aduz que a(s) mídia(s), não localizada(s) nos autos, provavelmente se encontra(m) juntada(s) no PIC 07/08-A, do GAECO/Bauru, bem como juntou cópia de ofício, expedido àquele órgão estadual, solicitando(a) (fls. 3873).”

A extensa exordial acusatória (fls. 19/149), subscrita em conjunto pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, transcreve inúmeros diálogos captados em interceptações telefônicas ao longo de todo o seu texto, a fim de demonstrar o elo entre os vários denunciados (52) no esquema criminoso, que contaria com a participação de policiais civis, inclusive Delegado de Polícia Civil de alto escalão, os quais estariam comprometidos com o jogo de azar, dando proteção aos comerciantes onde as máquinas estavam instaladas para que a fiscalização não os atingisse, em troca de recebimento de propina, partindo daí a imputação de contravenção do jogo do bicho, contrabando ou descaminho, facilitação de contrabando ou

descaminho, formação de quadrilha, prevaricação e corrupção ativa. Transcrevo trecho inicial da denúncia:

“(…)

I - Breve Histórico:

No ano de 2006, diversos estabelecimentos comerciais de Jaú e região, mormente bares, deram início à exploração das chamadas máquinas ‘caça-níqueis’, atividade que tipifica, em tese, contravenção penal de jogo de azar (artigo 50, do Decreto-Lei nº 3.688/1941), vez que o ganho depende principal ou exclusivamente da sorte.

A Procuradoria da República no Município de Jaú, em razão de ofício enviado pela Câmara de Vereadores, instaurou, no mês de novembro de 2006, os autos de nº 1.34.022.000097/2006-62, para apurar e acompanhar a repressão a essas máquinas. Fora expedida recomendação à Prefeitura de Jaú para que esta cassasse os alvarás dos bares que mantivessem os chamados ‘caça-níqueis’, bem como oficiado ao *Parquet* Estadual, solicitando-se informações das providências adotadas, porque, pelo menos em princípio, a repressão à exploração das máquinas constitui atividade sujeita à competência estadual.

Nesse ínterim, é imperioso ressaltar que soem tais máquinas serem montadas com peças ou componentes eletrônicos estrangeiros, sendo que a sua manutenção, no exercício de atividade comercial, pode consistir em contrabando. Seja como for, em um primeiro momento, a contravenção é praticamente indiscutível, com o que a Polícia Civil, até por uma questão de estrutura, deveria agir primeiro e, no caso da constatação de peças estrangeiras na perícia, o que geralmente ou quase sempre ocorre, é que haveria o desmembramento e remessa à esfera federal.

Em resposta datada de 26 de março de 2007, o *Parquet* Estadual informou que havia requisitado a abertura de inquérito policial em razão da dispersão das referidas máquinas.

Nessa época, representantes da Polícia Militar compareceram na Procuradoria da República para noticiar a disseminação das máquinas, bem como para informar a existência de um possível escritório gerenciador das atividades relativas a elas, oportunidade em que se solicitou a referido órgão que fizesse o levantamento dos estabelecimentos de Jaú e região em que havia ‘caça-níqueis’. De posse das referidas informações, fora realizado pedido de busca e apreensão, inicialmente relativo à Jaú, e, em operação conjunta da Polícia Federal, Militar e Receita Federal, realizada em 15 de maio de 2007, foram apreendidos cerca de 230 (duzentos e trinta) ‘caça-níqueis’, tão-só neste município.

(...)

Novas diligências foram feitas, notadamente pelos Comandos da Polícia Militar da região de Jaú/SP, e outras buscas e apreensões foram realizadas, abrangendo os Municípios de Bariri, Barra Bonita, Bocaina, Itapuí, Santa Maria da Serra, Igarauçu do Tietê e ainda Jaú, culminando na apreensão de várias máquinas. (...)

(...)

Por derradeiro, impende dizer que se concluiu que, por trás do reiterado desrespeito à lei, havia pessoas responsáveis pelo gerenciamento e pela distribuição dos ‘caça-níqueis’ na região, bem como a participação de autoridades públicas que garantiam a impunidade e perpetuação da prática delituosa, atuando, mormente, como informantes de operações policiais.”

Embora as transcrições dos diálogos captados em interceptações telefônicas permeiem toda a peça acusatória, a prova desta captação não acompanhou a denúncia.

No desenrolar da ação penal, após a apresentação das defesas preliminares do artigo 514 do Código de Processo Penal, para os réus servidores públicos (inclusive o paciente), o juiz recebeu

a denúncia, excluiu do pólo ativo da ação o Ministério Público Estadual, determinou a citação de outros corréus e designou audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação (fls. 569/571).

Do contexto dos atos processuais praticados, é possível cogitar-se de que a denúncia foi recebida com indícios suficientes de autoria e de materialidade, baseado principalmente no fato de que veio acompanhada do PIC 21/07-B.

Contudo, a questão está superada porque as mídias realmente existiam e foram juntadas aos autos da ação penal por força de questionamento neste *writ*.

Destarte, a prova da materialidade e os indícios de autoria extraídos das conversas transcritas na denúncia puderam ser confirmadas pelas mídias digitais, a validar a decisão de recebimento da denúncia.

É cediço que as provas embasadoras da denúncia devem ser disponibilizadas aos denunciados para possibilitar a ampla defesa e o efetivo contraditório, isto é, precedentemente à fase de defesa prévia ou preliminar.

Assim, o acesso da defesa às mídias referidas na denúncia sequer necessitaria de requerimento da parte ré, pois, considerando-se que as gravações em DVDs de conversas captadas dão suporte à inicial acusatória para o fim de incriminar o paciente, são componentes da própria peça acusatória.

Entretanto, no caso concreto, verifico que o juízo impetrado, concedeu ao réus funcionários públicos (situação do paciente) o direito de manifestarem-se também na fase do artigo 396-A do Código de Processo Penal, ou seja, em mais uma fase processual de “defesa prévia”. Confira-se:

“(…)

Noutro passo, para se evitar *bis in idem*, não faria sentido apresentarem os réus policiais outra defesa preliminar. Ainda assim, oportunizo a eles o prazo de 10 (dez) dias para eventuais outras alegações, não constantes da defesa anteriormente apresentada, consignando-se que, na ausência,

as defesas prévias já apresentadas (artigo 514 do CPP) farão as vezes da preliminar (artigo 397-A do CPP), assegurando-se, de qualquer forma, aos co-réus, o direito de requererem as provas que entenderem pertinentes, nesse prazo.” (fls. 569/571).

A defesa preliminar prevista no art. 396-A, do Código de Processo Penal, resultou da Lei nº 11.719, de 20/06/08, aderindo o País a amplo entendimento doutrinário e também amoldando-se ao que já existe de mais moderno em diversos países europeus e nos Tribunais Penais Internacionais, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de absolvição sumária, após o cumprimento desta fase processual de alegações preliminares, conforme se verifica do disposto no art. 397 do CPP.

Melhor seria talvez que a possibilidade de alegações preliminares fosse prevista antes do recebimento da denúncia, como era inicialmente a ideia da comissão do anteprojeto de lei, entretanto, assim ficou, isto é, após o oferecimento da denúncia, com a possibilidade de levar à eventual absolvição sumária.

Nesse prisma, não entrevejo prejuízo à defesa do paciente e dos demais réus da ação penal em se manifestarem na fase do artigo 396-A, *munidos das mídias digitais*.

Por assim dizer, a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes reclamados nesta impetração - oportunidade de conhecer o conteúdo das mídias digitais, de elaborar nova defesa, arrolar testemunhas e fazer reperguntas às testemunhas implicadas nas conversas captadas - será plenamente exercida, com a oportunidade de manifestação na fase do artigo 396-A do Código de Processo Penal.

Portanto, a ausência de prejuízo à defesa, com a solução apresentada, desautoriza a anulação do trâmite processual a partir da fase do artigo 514 do Código de Processo Penal (anteriormente ao recebimento da denúncia).

Esse o comando do artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Por outro lado, a degravação dos DVDs não se revela imprescindível para o pleno exercício da defesa e do contraditório, bastando a disponibilização do conteúdo dos DVDs na forma digital, no prazo adequado. Nesse sentido:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PEDIDO DE TRANSCRIÇÃO DOS DIÁLOGOS. INDEFERIMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DA MÍDIA. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. 1. De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não corporifica constrangimento ilegal o indeferimento de transcrição de diálogos, objeto de interceptação telefônica, desde que o magistrado disponibilize a mídia respectiva para a Defesa. 2. Recurso a que se nega provimento.”

STJ. RHC 20472. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJE 09.11.2009.

“*HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA OFERECIDA SEM A JUNTADA DA INTEGRALIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PROCEDIMENTO QUE DEU AZO A DIVERSOS PROCESSOS. DEFESA QUE TEVE ACESSO À TOTALIDADE DO MATERIAL INDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. 1. Não caracteriza constrangimento ilegal o oferecimento de denúncia sem a juntada integral do caderno investigatório se este, na mesma data, deu causa à instauração de diversas ações penais, às quais, posteriormente, foi acostada cópia do seu inteiro teor. 2. Tendo a defesa acesso a todos os elementos indiciários referentes à ação penal, em obediência ao *due process of law*, não há que se reconhecer a nulidade do processo, especialmente se não logrou comprovar a existência de qualquer prejuízo capaz de macular a instrução, pois no sistema processual penal vige o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do

CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MATERIAL COLETADO EM VÍDEO. FALTA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS, DE REDUÇÃO A TERMO E DE PERÍCIA. CONHECIMENTO DE TODAS AS CONVERSAS GRAVADAS E DAS DEMAIS PROVAS POR PARTE DA DEFESA. TRANSCRIÇÃO REALIZADA POR MEIO DIGITAL. OBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 6º DA LEI 9.296/96. EIVA NÃO OCORRENTE. 1. *Inviável acolher-se a pretensão de nulidade do édito repressivo, ante a ocorrência de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao fundamento de que não foram efetuadas gravação, redução a termo e perícia no material coletado em vídeo e áudio, decorrente de interceptação telefônica, se restou esclarecido que à defesa foi fornecida a integralidade das gravações, com todos os diálogos.* 2. O art. 6º da Lei 9.296/96 não exige a realização de perícia, determinando que haja transcrição, na concepção de reprodução, cuja concretização pode se dar por meio digital. 3. Se houve auto circunstanciado atestando a veracidade da medida, bem como oitiva dos policiais que o lavraram, na qualidade de testemunhas, sob o crivo do contraditório, dando segurança ao julgador quanto ao teor da prova, à sua idoneidade técnica e autenticidade, não há que se falar em nulidade. 4. Ordem denegada.” (grifos acrescidos)

STJ. RHC 104760. Relator Min. Jorge Mussi. DJE 14.12.2009.

Acrescente-se a existência de entendimento do Pretório Excelso sobre a desnecessidade de gravação integral da mídia digital, bastando transcrições relativas a diálogos que amparam a denúncia. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE

EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. *Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias* (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de

detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. *Habeas corpus indeferido.*” (grifos acrescidos)

STF. Pleno. HC 83515. Relator Min. Nelson Jobim. J. 16.09.2004

“EMENTA

(...)

9. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa *sub iudice.*”

STF. Pleno. Inquérito 2424. Relator Min. Cezar Peluso. J. 26.11.2008

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. OFENSA REFLEXA.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo *a quo*, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. II - No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida. III - Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido.”

STF. 1ª Turma. AI - AgR 685878. Relator Min. Ricardo Lewandowski. J. 05.05.2009

Na hipótese dos autos, destaco que a denúncia traz em seu bojo a transcrição de diversos diálogos, compatibilizando-se com a situações descritas nas jurisprudências da Suprema Corte, acima citadas.

Por estas razões, necessária a anulação dos atos processuais praticados a partir da defesa preliminar do artigo 396-A do Código de Processo Penal, renovando-se-os, diante da ausência de disponibilização à defesa de documentos (DVDs) embaixadores da denúncia, frisando-se que esta fase processual deve ser concedida a todos os réus, inclusive os funcionários públicos, consoante fundamentação supra.

Quanto ao pedido de acesso do PIC 07/08-A: não entrevejo constrangimento ilegal inequívoco.

Se é certo que a denúncia refere-se ao PIC 07/08 (fls. 36), menos certa é a necessidade alegada pelos impetrantes de acesso a este procedimento investigatório.

Consta da denúncia (fls. 36):

“(…)

V - Das Investigações do GAECO:

O Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, GAECO - Núcleo Bauru, também apurou a disseminação das máquinas ‘caça-níqueis’ na área compreendida pela Delegacia Seccional situada em Jaú.

No procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 21/07-B, fora juntada cópia de depoimentos e de documentos juntados no bojo do PIC nº 07/08, que evidenciam a participação de integrantes da Polícia Civil a entrada dos ‘caça-níqueis’ na região de Jaú, bem como na garantia da impunidade da atividade ilícita.”

Do exame dos documentos dos autos é possível constatar que as investigações iniciaram-se no Ministério Público Estadual, em Bauru/SP, com quebras de sigilos telefônicos, culminando com a descoberta de rede de exploração de jogos de azar através de máquinas caça-níqueis, na região de Jaú, esquema que envolvia a suposta participação de integrantes da Polícia Civil, inclusive Delegados de Polícia do alto escalão, os quais cobriam “propina” para permitir o funcionamento das máquinas em estabelecimentos comerciais da região de Jaú/SP.

Assim, do exame de toda a prova colhida, o Ministério Público Estadual em Bauru/SP apercebeu-se da existência de crime de competência federal e remeteu o PIC 21/07-B ao Ministério Público Federal.

Nesse sentir, é do relato da denúncia que toda a trama de fatos de competência da Justiça Federal tem por base o PIC 21/07-B, do qual a defesa teve completo acesso.

Por outro lado, é possível chegar à ilação de que aquele outro PIC 07/08 trata de fatos de competência da Justiça Estadual, tanto assim que não foram remetidos ao Juízo Federal e/ou ao Procurador da República oficiante em Jaú/SP.

Destarte, os fatos delituosos examinados naquele PIC 07/08 não interessariam aos apurados na ação penal originária, porque, se de competência federal, para a Subseção Federal correspondente seriam remetidos, da forma como se procedeu a remessa do PIC 21/07-B.

Por assim dizer, inexistente prova pré-constituída da real imprescindibilidade de acesso do paciente ao PIC 07/08, a fim de exercer plenamente sua defesa, até porque foram trasladadas cópias ao PIC 21/07-B.

Da conclusão: Por estas razões, *concedo parcialmente a ordem* para anular os atos processuais praticados a partir da defesa preliminar do artigo 396-A do Código de Processo Penal, renovando-se-os, diante da ausência de disponibilização à defesa de documentos (DVDs) embaixadores da denúncia, frisando-se que esta fase processual deve ser concedida a todos os réus, inclusive os funcionários públicos.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI:

Pedi vista destes autos para melhor conhecer o ponto que suscitou debate na sessão do dia 03/08/2010 relativo à pretensão do impetrante de ter acesso ao Procedimento de Investigação Criminal - PIC 07/08. O eminente relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque entendeu que não havia constrangimento ilegal em se recusar o acesso ao PIC 07/08, pois nele se apuraria supostamente fatos que são da competência da Justiça Estadual, ao passo que os fatos que são da competência da Justiça Federal estão reunidos no PIC 21/07-B do qual a defesa já teve completo acesso.

Não obstante o elaborado raciocínio desenvolvido pelo e. Relator, peço vênias para divergir quanto esta conclusão.

O Procedimento de Investigação Criminal - PIC 21/07-B é *derivado* do Procedimento de Investigação Criminal - PIC 07/08, que tramitou no núcleo do GAECO do Ministério Público do Estado de São Paulo de Bauru que apurava várias condutas que, em tese, configurariam crimes perpetrados pelo paciente Roberto Mello Aníbal (fls. 387/395). Tem razão o impetrante quando verbera que o PIC 21/07-B foi formado com peças pinçadas pelo

representante do Ministério Público Estadual que também subscreve a denúncia e, ao que parece, também conduziu a investigação realizada no PIC 07/08, conforme se infere do despacho que se encontra à fls.387 desta *writ*. Não consigo concluir, como fez eminente Relator, que o PIC 07/08 trata de matéria da competência exclusiva da Justiça Estadual, pois desconheço o seu conteúdo.

Pois bem, sendo o PIC 21/07-B formado por peças colhidas pela acusação no PIC 07/08, tem a defesa direito de ter acesso ao seu inteiro teor, pois não se sabe se todos os elementos probatórios que são do seu interesse foram juntados no PIC 21/07-B por quem o instruiu, pois o impetrante não conhece a íntegra do PIC 07/08, que foi instaurado também para apurar entre outros os mesmo fatos que são objeto da ação penal ora em curso que trata do envolvimento do paciente com uma quadrilha que, em tese, explora máquinas de caça-niqueis. Com efeito, o princípio do contraditório e da ampla defesa preconiza que o acusado tenha completo acesso a todos os elementos probatórios contra ele produzidos com o escopo de colocá-lo no pólo passivo da ação penal. Nessa linha também a Súmula vinculante nº 14 prescreve: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Posto isso, acompanho o voto do Relator, porém amplo a sua extensão para assegurar ao impetrante o acesso ao inteiro teor do PIC nº 07/08.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

- Sobre a desnecessidade da degravação integral das interceptações telefônicas, veja também o artigo doutrinário “Meios Eletrônicos no Processo Penal”, de autoria da Desembargadora Federal Therezinha Astolphí Cazerta, publicado na RTRF3R 76/101 e o julgado ACr 0006393-22.2008.4.03.6181/SP, Relatora Juíza Federal Raquel Perrini, publicado na RTRF3R 103/562.

“HABEAS CORPUS”
0027143-27.2009.4.03.0000
(2009.03.00.027143-4)

Impetrantes: ARNALDO MALHEIROS FILHO E GUILHERME ZILIANI
CARNELOS

Paciente: FELICIO MAKHOUL

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO
- SP

Corréus: ALBERTO PEREIRA MOURÃO E OUTROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: HC 37449

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/10/2010

EMENTA

HABEAS CORPUS - “OPERAÇÃO SANTA TERESA” - PACIENTE ACUSADO NOS TERMOS DO ARTIGO 229 DO CÓD. PENAL - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - SUPOSTA AUSÊNCIA DE DOLO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas corpus* destinado a viabilizar (1) o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito; (2) o trancamento de ação penal por considerá-la desprovida de justa causa e (3) a inépcia da denúncia.

2. A inicial acusatória imputou ao paciente conduta prevista no artigo 229 do Código Penal que, conforme a carga indiciária recolhida nas investigações, constitui crime em tese, observando todas as exigências e requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

3. O alegado “desconhecimento da finalidade ilícita” do imóvel dado em locação refere-se ao dolo. Sucede que a essa matéria - pretendida análise do elemento subjetivo - é impermeável o instituto do *Habeas Corpus*. Precedente do STF.

4. No tocante ao rufianismo (artigo 230 do Código Penal) não se pode esquecer que o tipo objetivo consiste em tirar proveito da prostituição alheia; assim, essa matéria fática também não pode ser averiguada onde a amplitude de cognição é restrita.

5. STF - “o trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída” (RHC 95.958/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.09.2009).

6. Tratando-se de delito praticado em estreita ligação com crimes que devem ser processados perante a Justiça Federal, à luz de visível conexão tal como tratada no artigo 76, II e III do Código de Processo Penal, não há como evitar que todas as infrações sejam julgadas conjuntamente (artigo 79) e pela Justiça Federal. Incidência da Súmula nº 122/STJ. Segundo apontam as provas colhidas no Inquérito Policial, a manutenção da casa de prostituição W. E. teria se prestado a dissimular a origem ilícita do dinheiro desviado de recursos públicos financiados pelo BNDES, existindo, portanto, uma estreita ligação do lupanar com os crimes praticados pelos outros corréus, delitos contra o sistema financeiro nacional, o peculato-desvio e a lavagem de dinheiro e de tráfico internacional de pessoas.

7. Ordem denegada.

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, *denegar a ordem*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de setembro de 2010.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *FELICIO MAKHOUL*, destinado a fazer cessar o suposto constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP que, nos autos da ação penal nº 2008.61.81.006228-8, recebeu o aditamento à denúncia (fls. 74 e seguintes), no bojo da qual foi imputado ao paciente a prática dos crimes previstos nos artigos 229 e 230 do Código Penal.

Em síntese, pugna o impetrante pela concessão da ordem para viabilizar (1) o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito; (2) o trancamento de ação penal por considerá-la desprovida de justa causa e (3) a inépcia da denúncia. Não consta pedido liminar.

A impetração veio acompanhada dos documentos de fls. 40/836.

Vieram as informações solicitadas ao Juízo impetrado, acompanhadas de documentos (fls. 843/894).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (fls. 896/902).

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

No curso das investigações promovidas pela Polícia Federal, a partir do desdobramento da denominada “Operação Santa Tereza”, cujo objeto era apurar, dentre outros crimes, o desvio de recursos públicos decorrentes de financiamento firmado com o BNDES, foi identificada a existência de uma casa de prostituição

- a denominada W. E. - cujas contas bancárias teriam servido, em tese, para dissimular a origem ilícita do dinheiro desviado.

O material probatório colhido ao longo da investigação - especialmente o decorrente de interceptações telefônicas - trouxe indicativos e indícios de que o paciente, de forma livre e consciente, teria *alugado* imóvel de sua propriedade para terceiros a fim de que nele funcionasse a casa de prostituição denominada W. E.

É este o quadro que dá sustentação à inicial acusatória em cujo bojo o paciente é denunciado por concorrer - artigos 29 e 70 do Código Penal - para a prática dos crimes do artigo 229 (casa de prostituição) e artigo 230 (rufianismo) do Código Penal.

Entendo que a inicial acusatória imputou ao paciente conduta que constitui crime em tese, observando todas as exigências e requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Com efeito, assim a denúncia descreveu o envolvimento do paciente no fato ilícito:

“... As investigações apontaram que *FELÍCIO MAKHOUL*, proprietário do Flat Imperial, de forma livre e consciente, aderiu à conduta dos acusados supramencionados, auxiliando-os de maneira significativa na manutenção da casa de prostituição WE e, por conseqüência, na obtenção de proveito da prostituição alheia, ao alugar o seu imóvel para a exploração de atividade sabidamente ilícita.

No diálogo do dia 17.12.2007, às 12h39min, travado com *FELÍCIO MAKHOUL*, o denunciado *MANUEL* fala de reformas que fará no prostíbulo e da dificuldade em manter a casa aberta, diante de sua ilegalidade. Posteriormente, *MANOEL* fala com o denunciado *CELSO*, dizendo que as reformas foram autorizadas.

Outros diálogos apontaram que *FELÍCIO MAKHOUL* sabia sobre o funcionamento da casa, todos mantidos com o sócio Manuel, são os dos dias 09.01.2008; às 16h07min05s, 22.01.2008, às 15h56min05s, 07.02.2008, às 18h22min36s e 07.03.2008, às 18h47min7s.

Apesar de não participar diretamente dos lucros mensais

da WE, *FELÍCIO MAKHOUL* recebia a título de aluguel do FLAT IMPERIAL, desde 2004, a quantia de R\$ 30.000,00 mensais, por ele mesmo declarada, fls. 211 e 213 e fls. 220 e seguintes, dos autos nº 2008.61.81.008697-6 com a consciência de que no imóvel de sua propriedade era explorada a prostituição.”

Como se nota, o fato ilícito atribuído ao paciente foi descrito de forma clara e individualizada, sendo esclarecido que o paciente não executou diretamente o delito, tendo *concorrido para a sua prática* ao prestar auxílio aos demais corréus ao locar imóvel de sua propriedade para o estabelecimento de casa sabidamente voltada à prostituição.

Deve-se recordar que o delito do artigo 229 do Código Penal não é crime próprio ou de “mão própria”, e assim admite o concurso de agentes na forma do artigo 29 do estatuto repressivo.

Assim, como bem afirma LUIZ RÉGIS PRADO, “se o proprietário do imóvel destinado ao fim descrito pelo legislador, ao alugá-lo ou cedê-lo, tinha conhecimento da atividade criminosa ali desenvolvida, será co-autor do delito” (*Curso de direito penal brasileiro*, vol. 3, p. 274, ed. RT).

Portanto, a dose indiciária que aponta o paciente como *concorrente* para a manutenção do prostíbulo, oriunda da intercepção de diálogos entre *FELÍCIO* e um corréu, afasta qualquer alegação de inépcia da denúncia.

No tocante ao rufianismo (artigo 230 do Código Penal) não se pode esquecer que o tipo objetivo consiste em *tirar proveito da prostituição alheia*; assim, essa matéria fática também não pode ser averiguada onde a amplitude de cognição é restrita.

Registre-se recente aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU

EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CUSTÓDIA CAUTELAR. PACIENTE PRESA FORA DO DISTRITO DA CULPA. PERICULOSIDADE. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL E ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. *É vedada a análise profunda dos elementos probatórios em sede de habeas corpus, que permite apenas exame superficial para constatar atipicidade, extinção da punibilidade ou evidente ausência de justa causa.*

2. *Não há falar em trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução penal.*

3. ...

4. Ordem denegada.”

(HC 99.260/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010 - destaquei)

Neste sentido é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ao estabelecer que “o trancamento da ação penal, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída” (RHC 95.958/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.09.2009).

Nesse rumo o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que “o trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade” (STJ, HC 113.555/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25.05.2009).

Ainda, registre-se que a legitimidade passiva é condição da ação penal que prescinde de prova robusta quando do oferecimento

da denúncia, bastando carga indiciária séria, pois é a instrução probatória que irá confirmar ou afastar a autoria apontada na acusação.

A tese defensiva sustentada no presente *writ* - atipicidade da conduta imputada ao paciente por desconhecer a finalidade ilícita atribuída ao imóvel locado - é um tema que pressupõe, necessariamente, o revolvimento amplo do conjunto fático-probatório, cujo exame é impossível no âmbito de cognição restrita do *habeas corpus*.

É que o alegado “desconhecimento da finalidade ilícita” do imóvel dado em locação refere-se ao *dolo*. Sucede que a essa matéria - pretendida análise do elemento subjetivo - é impermeável o instituto do *Habeas Corpus*.

Confira-se recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“*HABEAS CORPUS* - OBJETO. O *habeas corpus* pressupõe ilegalidade a alcançar o direito de ir e vir do cidadão, não fazendo as vezes de revisão criminal para assentar-se a ausência de dolo ou culpa.” (HC 97.083/MG, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 4/5/2010)

Por fim, considero a Justiça Federal competente para o processamento e julgamento do feito ante a existência de conexão firmada entre o fato imputado ao paciente e os outros crimes narrados na denúncia, conforme preceitua o artigo 76, incisos I e III, do Código de Processo Penal.

O paciente foi acusado por concorrer para a prática de crimes - artigos 229 e 230 do Código Penal - diretamente executados pelos denunciados Manoel Fernandes de Bastos Filho, Washington Napolitano, Edson Luis Napolitano e Celso de Jesus Murad, os quais também foram denunciados pela prática de delitos de competência da Justiça Federal (tráfico internacional de pessoas, crime contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro).

Segundo apontam as provas colhidas no Inquérito Policial, a manutenção da casa de prostituição W. E. teria se prestado a

dissimular a origem ilícita do dinheiro desviado de recursos públicos financiados pelo BNDES, existindo, portanto, uma estreita ligação do lupanar com os crimes praticados pelos outros corréus, delitos contra o sistema financeiro nacional, o peculato-desvio e a lavagem de dinheiro e de tráfico internacional de pessoas.

Tratando-se de delito praticado em estreita ligação com crimes que devem ser processados perante a Justiça Federal, à luz de visível conexão tal como tratada no artigo 76, II e III do Código de Processo Penal, não há como evitar que todas as infrações sejam julgadas conjuntamente (artigo 79) e pela Justiça Federal.

Nesse cenário incide a *Súmula nº 122/STJ*, *verbis*: “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”.

Por estes fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

- Sobre o delito de rufianismo, veja também o seguinte julgado: ACr 2003.41.00.001425-9/RO, Relator Juiz Federal Francisco Neves da Cunha, publicada na RTRF3R 67/184.

“HABEAS CORPUS”
0021678-03.2010.4.03.0000
(2010.03.00.021678-4)

Impetrantes: EDUARDO A. L. FERRAO, LUIZ FELIPE B. A. FERREIRA
E MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA

Paciente: JOSÉ ANTONIO BORTOLETO DE CAMPOS

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO
- SP

Corréus: VITOR DE ANDRADE PEREZ E OUTROS

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA ELIANA MARCELO

Classe do Processo: HC 41707

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/09/2010

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ART. 288 DO CP) E FORMAÇÃO DE CARTEL (ART. 4º, II, “A”, “B” e “C” DA LEI 8.137/90. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: LICITUDE DA PROVA: ART. 5º, XII, DA CF E LEI 9.269/96: DETERMINAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA: POSSIBILIDADE: INÍCIO DE PROVA CORROBORADO POR INVESTIGAÇÃO PRÉVIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE DIREITO ECONÔMICO (SEDE). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI 9.269/96: DECISÃO FUNDAMENTADA: NECESSIDADE IMPERIOSA DE INVESTIGAÇÕES. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO DA INVESTIGAÇÃO POR OUTRO MEIO. NULIDADE INEXISTENTE. MEDIDA DEFERIDA POR JUIZ ESTADUAL COMPETENTE À ÉPOCA: POSTERIOR DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL: VALIDADE DA PROVA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NAS DECISÕES DE PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: NÃO CONHECIMENTO: DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. FALTA DE JUNTADA DA DECISÃO IMPUGNADA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Até o advento da Lei nº 9.296/96, prevaleceu a tese de nulidade das interceptações telefônicas por se constituírem em prova ilícita, sendo também nulas as provas dela decorrentes. Atualmente, considera-se válida essa prova. Fundamento: Art. 5º, inciso XII, da CF e Lei 9.296/96. Precedentes.
2. Ainda que com ressalvas, admite-se a determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima, desde que contenha informações que se revistam de credibilidade e suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas, em conjunto com outros elementos colhidos durante a investigação preliminar por ela motivada.
3. Caso em que o pedido de interceptação telefônica não foi baseado apenas em denúncia anônima, mas com fundamento em elementos colhidos em investigação prévia efetuada pela Secretaria de Direito Econômico (SEDE), informando ter recebido denúncia anônima noticiando a formação de poderoso cartel por diversas empresas que dividem o mercado de gases industriais. A nota técnica que sugeriu a medida e foi enviada ao Promotor de Justiça de São Paulo explicitou a dificuldade no combate aos cartéis e na obtenção de provas da infração à ordem econômica, bem como a necessidade e urgência da medida.
4. A decisão do Juiz estadual que deferiu o pedido de interceptação telefônica dos envolvidos está fundamentada na convergência de indícios da prática de crimes e a necessidade imperiosa da investigação, assegurando o sigilo das investigações: Inexistência de violação ao artigo 2º, inciso III da Lei 9.296/96.
5. Decisão do juiz federal que ratificou a adoção da medida fundamentada em documento do Departamento de Proteção e Defesa Econômica que encaminhou a relação de diversos procedimentos administrativos existentes em face das sociedades fornecedoras de gás industrial, dentre elas a empresa representada pelo paciente, onde se apuram denúncias de existência de cartéis, bem como na imprescindibilidade

da medida diante da dificuldade de comprovação dos fatos. Legalidade da decisão.

6. À época do requerimento da interceptação telefônica, não era possível determinar qual seria o Juiz competente para conhecer da medida, pois não se podia constatar se o cartel atingia o mercado nacional como um todo, sendo, pois, competente, para a declaração da medida, o Juiz de Direito de São Paulo. O posterior reconhecimento de interesses da União no caso com a declaração de competência da Justiça Federal não invalida a interceptação telefônica, devidamente ratificada e fundamentada pelo Juízo declarado competente.

7. Inexistência de violação à regra da competência federal territorial, pois os elementos existentes revelaram que a maior parte das empresas estão sediadas em São Paulo, sendo que os acordos, ajustes e alianças visavam o controle do mercado nacional mais incisivamente no estado de São Paulo e região metropolitana.

8. É dever do impetrante, mormente quando advogado constituído pelo paciente, instruir suficientemente o pedido de *habeas corpus* com provas documentais que permitam analisar a ilegalidade da decisão atacada. Não conhecida a alegação de ilegalidade das prorrogações das interceptações telefônicas, pois os impetrantes não juntaram cópias dos pedidos de prorrogação, bem como das decisões judiciais que os deferiram.

9. O pronunciamento acerca da culpabilidade ou não do paciente desborda dos limites do *writ*, pois implicam em notório exame aprofundado de matéria fática controversa, cujo deslinde demanda o exame de prova afeto ao juízo da formação da culpa, em ambiente do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, de todo incompatíveis com a via expedita do remédio heróico.

10. *Habeas corpus* parcialmente conhecido. Ordem denegada na parte que se conhece.

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 do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de setembro de 2010.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ ANTONIO BORTOLETO DE CAMPOS, apontando constrangimento ilegal do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo/SP, que indeferiu requerimento da declaração de nulidade das provas colhidas mediante interceptações telefônicas nos autos da ação penal em que foi denunciado por suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (artigo 288 do CP) e formação de cartel (artigo 4º, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 8.137/90).

Os impetrantes aduzem, em síntese que:

1) a denúncia, oferecida contra o paciente perante a Justiça Estadual e posteriormente ratificada pelo Ministério Público Federal, foi alicerçada em interceptações telefônicas obtidas em violação à Lei 9.296/96, pois o deferimento da medida se baseou unicamente em denúncia anônima, feita via telefone, para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sem a indispensável prévia investigação, indícios razoáveis de autoria do crime ou demonstração da impossibilidade da utilização de outros meio de investigação;

2) o documento citado na decisão atacada como *notitia criminis* não pode ser compreendido como ato investigativo, pois

contém apenas pesquisas sobre o mercado de gases industriais no Brasil, referindo-se a números de procedimento administrativos arquivados, movidos contra a empresa em que o paciente trabalha, e que não se referem à prática de cartel;

3) a interceptação telefônica foi deferida por Juiz estadual que foi declarado incompetente;

4) a competência, ainda que estadual fosse, seria da Comarca de Jundiaí/SP ou da cidade de Recife/PE, e não da Comarca de São Paulo/SP, vício que contamina a própria ação ora em trâmite perante a Seção Judiciária de São Paulo;

5) são nulas a interceptação telefônica e as provas dela decorrentes, notadamente os despachos de prorrogações que se sucederam, injustificados por não terem comprovado a indispensabilidade desse meio de prova.

Por esses motivos, os impetrantes requerem a concessão de liminar a fim de suspender os efeitos da decisão atacada, em especial o compartilhamento das provas ilícitas, bem como a sustação do andamento da ação penal em curso contra o paciente, até a concessão definitiva da ordem com a declaração de nulidade das interceptações telefônicas. Juntaram os documentos de fls. 36/467.

A liminar foi indeferida (fls. 470).

Requisitadas as informações, a autoridade apontada como coatora prestou-as (fls. 478/482), com os documentos de fls. 483/534.

O parecer do Ministério Público Federal foi pela denegação da ordem (fls. 436/540).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Consoante consta das informações prestadas pela autoridade impetrada, o ora paciente José Antonio Bortoleto de Campos teve seu sigilo telefônico afastado por decisão proferida pelo

Juiz de Direito do DIPO em 23 de dezembro de 2003, nos autos do processo nº 050.03.101369-4, redistribuído ao Juízo da Terceira Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP sob o nº 2009.61.81.007361-8, para apuração de eventual cometimento do crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/90, nos termos da representação do Ministério Público do Estado de São Paulo. Em 23 de janeiro e cinco de fevereiro de 2004, determinou-se as prorrogações das interceptações telefônicas do paciente.

Em 18 de julho de 2005, nos autos do processo nº 050.04.013926-3 (redistribuídos a Justiça Federal sob o nº 2009.61.81.004517-9), o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia em face de José Antonio Bortoleto de Campos, Vitor de Andrade Perez, Gilberto Gallo, Carlos Alberto Cerezine, Hélio de Franceschi Júnior, Walter Pilão e Moacyr de Almeida Netto, como incurso nas penas do artigo 4º, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei 8.137/90 e dos artigos 288, *caput c/c* 69, *caput*, ambos do Código Penal.

A denúncia foi recebida no Juízo Estadual em 03 de agosto de 2005 e, em 19 de fevereiro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de *habeas corpus*, concedeu parcialmente a ordem e reconheceu, em princípio, a competência da Justiça Federal para o conhecimento e processamento do feito, sem prejuízo de ulterior avaliação do Juiz Federal sobre sua própria competência. Em 22 de julho de 2009, o Juízo impetrado determinou a devolução do feito à 14ª Vara criminal da Comarca de São Paulo, por não visualizar a presença de interesse da União e, em 11 de março de 2010, no julgamento da Reclamação 3.966-SP, o STJ suspendeu a decisão que determinou a remessa dos autos à justiça estadual até o julgamento do mérito.

O Juízo Federal, em 15 de março de 2010, reconsiderou a decisão, determinando o prosseguimento do feito e, em 19 de maio de 2010, foi deferido o pedido de remessa ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - da cópia do material produzido na diligência de interceptação telefônica efetuada no feito.

Por fim, a autoridade impetrada informou que, em 05 de julho de 2010 foi proferida decisão ratificando os seguintes atos

praticados pelo MM. Juiz de Direito: recebimento da denúncia, deferimento de busca e apreensão, deferimento de interceptações telefônicas, indeferimento do pedido de absolvição sumária e de prova pericial; homologação da desistência da oitiva de testemunhas arroladas pela acusação; *indeferimento do pedido de declaração de nulidade das interceptações telefônicas* e deferimento do pedido de compartilhamento de provas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, estando no aguardo da realização de audiência de instrução designada para os dias 19 e 20 de janeiro de 2011, bem como a devolução de cartas precatórias expedidas para inquirição de testemunhas arroladas pela defesa.

Os impetrantes alegam a nulidade das interceptações telefônicas, por violação à Lei 9.269/96, sustentando terem sido pois determinadas com base em denúncia anônima sem prévia investigação e indícios razoáveis de autoria, além de não terem fundamentado a impossibilidade da utilização de outros meios de investigação.

Nesse aspecto, ressalto inicialmente que, antes do advento da Lei nº 9.296/96, prevaleceu a tese de nulidade das interceptações telefônicas por se constituírem em prova ilícita, sendo também nulas as provas dela decorrentes. Atualmente, considera-se válida essa prova, que encontra fundamento no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e nos dispositivos constantes na Lei 9.296/96.

Registro também que não que se há de falar em ofensa à garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, visto que o próprio inciso XII, do art. 5º, da Constituição da República determina a possibilidade de decretação por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nos termos do artigo 2º da referida lei, são requisitos para o deferimento da medida cautelar excepcional de interceptação telefônica a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação, a impossibilidade de colher a prova por outro meio, que o crime investigado seja apenado com reclusão, devendo, em qualquer das hipóteses, ser descrita com clareza a situação objeto da

investigação, com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. O artigo 5º da mesma lei dispõe que a decisão que defere a medida deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A Jurisprudência, ainda que com ressalvas, admite a determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima, desde que contenha informações que se revistam de credibilidade e suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas, considerando que não se trata de uma faculdade, pois quando a *notitia criminis* trouxer ao conhecimento fatos revestidos de aparente ilicitude penal, deve o Estado apurar a procedência das afirmações feitas por meio de investigações.

Portanto, ainda que a denúncia anônima não possua, por si só, eficácia probatória, é considerada válida como início de prova razoável de autoria para iniciar investigações necessárias para o esclarecimento de crimes, quando em conjunto com outros elementos colhidos durante a investigação preliminar por ela motivada.

Nesse sentido:

“*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA E FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PELO JUÍZO FEDERAL. OBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. VALIDADE DA PROVA COLHIDA. ORDEM DENEGADA. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, quando presentes indícios da*

participação do agente na prática delitiva, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. O deferimento do pedido de interceptação telefônica, ao contrário do que afirma o Impeetrante, não foi fundado em denúncia anônima, mas em outros elementos probatórios colhidos na averiguação inicial realizada de forma regular, com a devida observância dos preceitos legais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (...)” (STJ, HC 200700275610, Relator(a) LAURITA VAZ, DJE DATA: 11/05/2009)

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. I - A autoridade policial está obrigada a investigar a eventual prática delitiva, ainda quando a informação a respeito lhe chegue por denúncia anônima. Desse modo, *é legítima a instauração do inquérito policial objetivando a elucidação de fatos anonimamente relatados. (...)” (HC nº 2008.03.00.005624-5, Rel: Des. Fed. Cotrim Guimarães, julgado em 15/04/2008)*

“PENAL. *NOTITIA CRIMINIS* ANÔNIMA. INQUÉRITO POLICIAL. VALIDADE. A *delatio criminis* anônima, apesar de sua precariedade, deve ser objeto de investigação policial, em face da possibilidade de serem apurados elementos suficientes ao oferecimento da denúncia. Considerando a enorme incerteza em torno de suas informações, recomenda-se especial cautela no procedimento, visando a preservar o acusado de constrangimento desnecessário. Assim, mesmo que a Constituição vede o anonimato na manifestação do pensamento (art. 5º, IV), não há falar em rejeitar-se, de plano, comunicação de delito com procedência

desconhecida, porque se poderia estar coarctando a pretensão punitiva do Estado em circunstância própria ao desenvolvimento de ação penal.” (HC 2148 TRF 4ª Região, Segunda Turma, DJU 02/8/2000, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro)

Por outro lado, verifica-se que, ao contrário do alegado pelos impetrantes, *o pedido de interceptação telefônica não foi baseado apenas em denúncia anônima*, mas com fundamento em elementos colhidos em investigação prévia efetuada pela Secretaria de Direito Econômico (SEDE).

De fato, o relatório de fls. 274/ 283, daquela Secretaria, informou ter recebido denúncia anônima noticiando que as empresas Air Products, White Martins, Air Liquid e Aga formam um poderoso cartel que divide o mercado de gases industriais por clientes e que participam em conluio de licitações públicas, nas quais são donas de cada contrato e conhecem previamente a empresa que será vencedora e a qual preço, o que faz com que as demais empresas participantes do cartel ofertem seus produtos a preços superiores ou simplesmente não participem das licitações.

Informou-se, ainda, que a forma de atuação do referido cartel se dava por meio de reunião em hotéis, fornecendo nomes e telefones dos principais funcionários que organizavam essas atividades por cada empresa (dentre eles o paciente, representante da empresa White Martins). No mesmo documento, a SEDE afirmou a necessidade da realização de interceptações de comunicações telefônicas, esclarecendo que, no setor de gases industriais, há diversos procedimentos administrativos em trâmite, oito deles em que se apura denúncias de existência de cartéis, explicitando a dificuldade de obtenção de provas e as razões que justificam a adoção da medida.

Apesar de os impetrantes afirmarem que a maioria dos procedimentos administrativos apontados pela SEDE não se referem a cartéis e foram arquivados, nenhuma prova trouxeram nesse sentido.

Assim sendo, tem-se que *a denúncia anônima foi corroborada*

pelo referido documento oficial, apontando diversos procedimentos administrativos existentes que apuram fatos que constituem o crime apontado na denúncia anônima, constituindo-se em elemento hábil como início de prova autorizadora de interceptações telefônicas dos envolvidos.

Por outro lado, a nota técnica enviada ao Promotor de Justiça de São Paulo (fls. 285/286), na qual foi sugerida a medida, explicitou a dificuldade no combate aos cartéis e na obtenção de provas da infração à ordem econômica, bem como a necessidade e urgência da medida. Foi igualmente justificada a requisição das interceptações formulada pelo Ministério Público Estadual.

Tampouco existe violação ao artigo 2º, inciso III da Lei 9.296/96. A decisão do Juiz Estadual (fls. 489/491) que deferiu as interceptações telefônicas, foi devidamente fundamentada na convergência de indícios da prática de crimes e a necessidade imperiosa da investigação, assegurando-se o sigilo das investigações.

Da mesma forma encontra-se fundamentada a decisão do juiz federal que ratificou a decisão estadual (fls. 529/534). Confira-se trechos:

“... a *notitia criminis*, conquanto que anônima, é hábil à deflagração de diligências de interceptação telefônica quando se mostra plausível, verossímil e circunstanciada no tempo e no espaço.

Assim, analisando-se o presente caso, verifica-se que, além da *notitia criminis* reduzida a termo nos autos do Procedimento Administrativo nº 080012.009888/2003-70, pela Coordenadora-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Serviços e Infra-estrutura do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, foi encaminhada ao MM. Juiz de Direito do DIPO relação de ‘24 (vinte e quatro) procedimentos (dentre processos administrativos, averiguações preliminares e procedimentos administrativos em sentido estrito)’ existentes em face das sociedades fornecedoras de gás industrial, dentre eles, dezenove em face da White Martins, Aga S/A, Air Liquide e Air Products, em conjunto

ou isoladamente, sendo que ‘8 (oito) apuram denúncias de existência de cartéis entre as principais empresas do mercado e a maioria dos procedimentos restantes cuida de investigar práticas (e. g. aumento abusivo de preços) que podem ser acessórias às atividades do suposto cartel de divisão de clientes’ (fls. 11/12 dos autos de nº 0007361-18.2009.403.6181, antigo nº 2009.61.81.007361-8).

Portanto, não há que se falar sobre a inexistência de outros indícios da prática das condutas sob investigação naquele momento e que foram, a *posteriori*, descritas na denúncia de fls. 01d/06d.

Quanto à imprescindibilidade da medida, pertinente a manifestação do Sr. Coordenador-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Agricultura e Indústria do Departamento de Proteção e Defesa Econômica:

‘Os participantes de cartéis têm consciência que estão cometendo ilícitos administrativos e penais.

Destarte, a reunião de provas e indícios revela-se tarefa verdadeiramente hercúlea. Reuniões, contratos, troca de informações sobre preços e clientes, entre outros, são realizados com extrema discricção e sigilo. Além disso, os escassos recursos materiais e humanos disponíveis aos órgãos de defesa da concorrência e a rapidez de atuação dos participantes dos cartéis (cuja principal preocupação é a ocultação de suas atividades ilícitas) dificultam ainda mais o processo de obtenção de provas.

No caso específico da indústria de gases industriais, a tarefa de reunião de evidências é ainda mais difícil, como pode ser demonstrado pela grande quantidade de denúncias apresentadas a essa Secretaria. Nesse sentido, vale acrescentar que denúncias de cartéis por divisão de mercado são particularmente difíceis de serem comprovadas, tendo em vista que cada empresa relaciona-se de forma “independente” com seus clientes em relação ao comportamento adotado por seus concorrentes, pois cada concorrente, via de regra, tem seu mercado “garantido”.’ (fl. 13 dos autos de nº 0007361-18.2009.403.6181).

No presente caso concreto, conforme *notitia criminis*: os investigados atuavam por meio de reuniões em hotéis, com reservas de salas em nome de um dos participantes ou de uma das empresas representadas; referidas pessoas ‘teriam comentado que passariam a utilizar telefones celulares pré-pagos, comprados em nome de terceiros, para se comunicarem entre si, temendo serem descobertos pelas autoridades competentes.’

Desse modo, observa-se que a interceptação das comunicações telefônicas configurou medida imprescindível para as investigações em face do tipo de delito apurado.

(...)

Nesses termos, indefiro o pedido de declaração de nulidade das interceptações telefônicas efetuadas neste feito.

(...)”

Portanto, conclui-se que as interceptações telefônicas foram autorizadas por autoridade legalmente constituída, em decisão motivada que demonstrou a imprescindibilidade da medida, de acordo com o que determina a lei de regência, dada a natureza dos fatos trazidos ao seu conhecimento e a presença de indícios confirmados por mais de uma fonte, não estando maculadas pela ilegalidade sustentada.

Ademais, o Juiz não é obrigado, a pretexto de fundamentar sua decisão, a enumerar uma por uma as infinitas diligências em tese possíveis, para depois demonstrar que nenhuma delas seria viável no caso concreto. Aliás, o Juiz não é obrigado a *convencer* as partes ou as instâncias superiores do acerto de suas decisões, mas apenas a apontar os motivos racionais que escolheu, permitindo o amplo exercício da defesa e a eventual reforma dos seus julgados. Essa é justamente a diferença entre *fundamentação* e *argumentação*.

Todavia, no caso dos autos, a impossibilidade de aprofundamento das investigações por outros meios era auto-evidente, o que constitui mais um motivo pelo qual não se poderia exigir que o Juiz se alongasse mais ainda em tal questão.

Com efeito, salta aos olhos que praticamente todos os atos executórios deveriam ocorrer por simples conversação entre os próprios envolvidos (que aliás, não deixam vestígios) e que eles certamente não haveriam de reduzir a termo suas conversas e assim produzir prova documental. Também não era de esperar que houvesse outras testemunhas além dos próprios envolvidos, que não são obrigados a depor contra si mesmos.

Salvo se admitirmos que o depoimento de eventual vítima for manifestamente suficiente para uma futura condenação. É necessário obter mais elementos de convicção e, sendo remota, para não dizer impossível, a hipótese de obter prova testemunhal ou documental, a única possibilidade de avançar nas investigações era interceptar diálogos entre os pretensos envolvidos.

Os impetrantes sustentam ainda a nulidade das interceptações telefônicas, sob o fundamento de que o Juiz Estadual que as deferiu foi declarado incompetente, pois a competência federal já era conhecida desde o início. Alegam também a incompetência territorial federal, sob o fundamento que a competência seria da Vara Federal de Jundiaí/SP ou da cidade de Recife/Pe.

A Lei nº 9.296/96, no artigo 1º, determina: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

Contudo, à época do requerimento da interceptação telefônica pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, não era possível determinar qual seria o Juiz competente para conhecer da medida e, no relatório feito pela SDE nada havia que apontasse para a existência de interesses da União, tendo em vista que descreveu condutas regionalizadas, concentradas no estado de São Paulo/SP.

Para tanto, o MM. Juiz de Direito requereu informações complementares e o representante do “Parquet” Estadual assim se manifestou (fls. 506/509):

“... Haverá que se constatar se o cartel foi efetivamente constituído, ou passou a atuar no sentido de atingir o mercado

nacional - repita-se, como um todo. Qualquer análise de incidência de conexão de crimes deve aguardar o avanço das investigações para que a conclusão possa ser segura, sendo pouco recomendável tal análise no nascedouro das apurações...”

Por esses motivos, o MM. Juiz de Direito, ao deferir a medida, consignou que, à época os fatos não eram plenamente cristalinos, já que o pedido visava obter justamente elementos de provas de crime de características clandestinas, não havendo dados suficientes que apontassem com segurança para o envolvimento de interesses da União, e por conseqüência, da competência da Justiça Federal, de forma que qualquer declinação de competência seria temerária, sendo prudente que a medida fosse conhecida pelo juízo estadual enquanto não apurados os fatos e suas circunstâncias (fls. 490).

Assim, tendo em vista que, à época do requerimento formulado pelo Ministério Público do estado de São Paulo o Juiz Estadual acreditava ser competente para o deferimento da medida, o posterior reconhecimento de interesses da União no caso com a declaração de competência da Justiça Federal não invalida a interceptação telefônica, devidamente ratificada e fundamentada pelo Juízo declarado competente:

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIRMADA POSTERIORMENTE, COM A DESCOBERTA DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. *WRIT* DENEGADO. (...) A declinação da competência não tem o condão de invalidar a interceptação telefônica autorizada por Juízo que inicialmente se acreditava ser competente. Precedentes do STJ. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.”

(STJ, HC 200900223258, Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJE DATA: 12/04/2010)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES EM ASSOCIAÇÃO - ART. 12 C/C ART. 18, I E III, DA LEI 6.368/76. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA AUTORIZADA POR JUÍZO COMPETENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. LEI 8.072/90. APELO EM LIBERDADE. EXCEÇÃO À REGRA. PENA REDUZIDA. APELAÇÃO DE CO-RÉU PROVIDA EM PARTE. (...) 2. A declinação da competência para a Justiça Federal não invalida as medidas determinadas pela Justiça Estadual. Hígidas, portanto, as provas autorizadas pelo Juiz de Direito. No momento em que fora solicitada a interceptação telefônica o que se investigava era o tráfico doméstico de entorpecentes. (...)” (TRF1, ACR 200334000325175, Rel. DES. FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, DJ DATA: 23/05/2005 PÁGINA: 60)

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PROVA COLHIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. APROVEITAMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. CPP, ART. 312. REITERAÇÃO DELITUOSA. CONVENIÊNCIA DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. Instaurado o inquérito policial, originalmente, para apurar o possível cometimento apenas de delitos afetos à esfera estadual, concluindo-se posteriormente, todavia, com o desenrolar das investigações, pela prática também de crime sujeito à jurisdição federal, não há falar em nulidade da quebra de sigilo telefônico determinada pelo Juiz de Direito, já que, à época, detinha competência para tanto. (...)” (TRF 4, HC 200704000133900, Relator(a) ELOY BERNST JUSTO, OITAVA TURMA, D. E. 20/06/2007).

Tampouco procede a alegação de incompetência territorial

como fundamento para a anulação das interceptações telefônicas.

De fato, o Juiz de Direito da Comarca de São Paulo não poderia ser considerado incompetente para o processamento e julgamento do crime de formação de cartel, tendo em vista que, apesar de constar, no relatório da SDE, que algumas das reuniões dos representantes das empresas foram realizadas em Jundiá/SP e Recife/PE, os elementos até aquele momento existentes revelavam também que a maior parte das empresas estão sediadas em São Paulo, sendo que os acordos, ajustes e alianças visavam ao controle do mercado nacional mais incisivamente no estado de São Paulo e região metropolitana.

A alegação de ilegalidade das prorrogações das interceptações telefônicas não merece ser conhecida, tendo em vista que os impetrantes não juntaram aos autos cópias dos pedidos de prorrogação, bem como das decisões judiciais que deferiram as dilações:

“(…)

É ônus do impetrante, notadamente quando advogado constituído, a instrução suficiente do *writ*, sob pena de não-conhecimento do pedido. Precedentes do STF e do STJ.” (*HABEAS CORPUS* Nº 119.702, REL: MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 06 de fevereiro de 2009)

Por fim, o pronunciamento acerca da culpabilidade ou não do paciente desborda dos limites do *writ*, pois implicam em notório exame aprofundado de matéria fática controversa, cujo deslinde demanda o exame de prova afeto ao juízo da formação da culpa, em ambiente do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, de todo incompatíveis com a via expedita do remédio heróico. Não se trata também de hipótese de rejeição da denúncia ou de absolvição sumária, nos termos do artigo 395 e 397 do Código de Processo Penal.

Com tais considerações, ausente o alegado constrangimento ilegal, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

“HABEAS CORPUS”
0024159-36.2010.4.03.0000
(2010.03.00.024159-6)

Impetrante: CARLOS LOURENÇO MITSUOSHI DALTRO HAYASHIDA
Paciente: GILMAR BATISTA (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: HC 41890
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/10/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. USO DE ALGEMAS. JUSTIFICATIVA. LEGITIMIDADE DA CONDUTA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas corpus* visando a concessão do benefício da liberdade provisória, o relaxamento do flagrante e o reconhecimento do excesso de prazo para a formação da culpa, em face do constrangimento ilegal perpetrado contra o paciente, processado pela imputada prática do crime de tráfico internacional de drogas.

2. No que se refere ao crime de tráfico de drogas, o artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06 veda expressamente a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37. Por outro lado, a Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/1990, além de permitir a progressão de regime, deixou de proibir expressamente a liberdade provisória para os crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Da análise da nova lei de drogas (nº 11.343/2006) é possível afirmar que a vedação à concessão da liberdade provisória, constante do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, tem

amparo no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal de 1988, que reza: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

3. Contudo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a negativa da liberdade provisória não pode ser fundada apenas no artigo 44 da Lei 11.343/06, devendo ser observado, no caso concreto, se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF.

4. Dessa forma, a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante pela prática do delito de tráfico deve ficar condicionada à ausência das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, hipótese não concretizada na situação em apreço.

5. A autoria e a materialidade encontram suporte no próprio estado de flagrância, bem como pode ser extraído do próprio recebimento da denúncia.

6. A necessidade da custódia cautelar é justificada, notadamente, para garantia da ordem pública, com a finalidade de fazer cessar a atividade criminosa, principalmente se considerada a expressiva quantidade de drogas apreendidas na oportunidade do flagrante.

7. A motivação apresentada pela autoridade impetrada é suficiente e revela a necessidade da custódia cautelar para se resguardar a ordem pública, sendo cediço que simples primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não impedem a prisão preventiva, quando presentes seus requisitos.

8. A medida segregatória ora impugnada não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois referido princípio é de natureza *juris tantum* e não colide com o espírito das prisões provisórias.

9. É certo que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, que prescreve que “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de

fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Também é certo que a referida Súmula vincula todos os Juízes e Tribunais, mas isso não impede que o Relator examine as circunstâncias do caso concreto para ver se o uso de algemas naquela ocasião era justificado.

10. No caso, o uso das algemas foi devidamente justificado pelas particularidades do caso, no sentido de se assegurar a segurança naquele momento, quais sejam, a tensão no interior do ônibus quando de uma abordagem policial, o instinto humano de liberdade, o número reduzido de policiais (três policiais militares) frente ao número de passageiros do coletivo, a reação que o paciente teve quando lhe foi dada a voz de prisão em flagrante, bem como eventual incidente que poderia ocorrer na viatura em movimento.

11. A Súmula Vinculante 11/STF não estabelece nenhuma forma especial para essa justificativa do uso de algemas por escrito e no caso concreto o uso das algemas está justificado pelo depoimento do condutor, reduzido à termos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

12. Se constrangimento ilegal existiu, decorrente da demora no encerramento da instrução, desapareceu com o encerramento da instrução (Sumula nº 52 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, julgar prejudicada a impetração quanto à alegação de excesso de prazo e, no mais, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam

fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Carlos Lourenço Mitsuoshi Daltro Hayashida e Maarouf Fahd Maarouf em favor de GILMAR BATISTA, contra ato da Juíza Federal da 1ª Vara Criminal de Corumbá/MS, que mantém o paciente preso, nos autos da ação penal nº 0001295-68.2009.403.6004.

Consta da inicial que o paciente foi preso em flagrante em 25.11.2009, como incurso no artigo 33 c. c. incisos I e III do artigo 40, todos da Lei 11.343/2006, em razão de o réu ter sido flagrado trazendo consigo 1.535 g de cocaína durante abordagem de rotina da polícia militar em ônibus da Viação Andorinha que fazia a linha Corumbá/Campo Grande.

Alegam que o paciente afirmou, em seu interrogatório na fase inquisitorial, ser usuário de drogas, além do que entregaria o entorpecente na cidade de Campo Grande/MS, onde receberia a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais) pela tarefa. Após, foi apresentado pedido de relaxamento de prisão e, subsidiariamente, pedido de liberdade provisória, os quais foram indeferidos sob os argumentos da possibilidade de fuga e da inadmissibilidade de concessão de liberdade provisória pela incoerência da revogação da antiga norma especial em face da *novatio legis*.

Os impetrantes sustentam que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos:

a) não estão presentes os pressupostos da prisão preventiva e o paciente preenche os requisitos para a concessão de liberdade provisória, por ter domicílio certo, ocupação lícita e bons antecedentes, sendo que possui proposta de emprego como motorista, há a sua disposição clínica médica para acompanhamento e tratamento clínico com o objetivo de deixar de ser usuário de

entorpecentes, além do que se compromete a comparecer a todos os atos processuais, uma vez que pretende passar a residir com seus pais, na cidade de Telêmaco Borba/PR;

b) o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de o réu processado pelo crime de tráfico de drogas apelar em liberdade, em havendo bons antecedentes e sendo primário (HC 91.360);

c) a Lei nº 11.464/07 derogou o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, de modo restou afastada a proibição da concessão da liberdade provisória;

d) a prisão em flagrante deve ser relaxada por ter sido algemado injustificadamente, não se podendo aceitar o argumento de que o réu empreenderia fuga para a Bolívia, pois foi preso a 200 km da fronteira;

e) há excesso de prazo na formação da culpa, vez que a prisão cautelar se estende por mais de 250 (duzentos e cinquenta) dias, estando ausente a prestação jurisdicional, em razão da demora em apreciar os pedidos, provocando prejuízos à defesa;

Em consequência, requerem a expedição de alvará de soltura.

Não houve pedido de liminar.

Requisitadas informações à autoridade impetrada (fls. 97/98), foram prestadas às fls. 102/103.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do DD. Procurador Regional da República Dr. Márcio Domene Cabrini, opinou pela denegação da ordem (fls. 108/112).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

A ordem é de ser denegada.

Quanto ao pedido de concessão da liberdade provisória, não assiste razão aos impetrantes.

No que se refere ao crime de tráfico de drogas, a Lei nº 11.343, que entrou em vigor no dia 8 de outubro de 2006, veda expressamente no artigo 44, *caput*, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37.

Por outro lado, a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, além de permitir a progressão de regime, deixou de proibir expressamente a liberdade provisória para os crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Da análise da nova lei de drogas (nº 11.343/2006) é possível afirmar que a vedação à concessão da liberdade provisória, constante do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, tem amparo no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal de 1988, que reza: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Contudo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a negativa da liberdade provisória não pode ser fundada apenas no artigo 44 da Lei 11.343/06, devendo ser observado, no caso concreto, se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SÚMULA Nº 691/STF. 1. A Segunda Turma desta Corte vem decidindo no sentido da impossibilidade do indeferimento da liberdade provisória com fundamento tão-somente no artigo 44 da Lei nº 11.343/06. Todavia, no caso sob exame a real possibilidade de reiteração criminosa justifica a segregação cautelar para garantia da ordem pública. Precedentes. 2. Ausência

de flagrante constrangimento ilegal. Incidência da Súmula 691/STF. Agravo regimental não provido.”

STF - 2ª Turma - AgR no HC 102260-RS - Rel. Min. Eros Grau - DJe 14.05.2010

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EXCEÇÃO À SÚMULA Nº 691/STF. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve - considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal - constituir causa impeditiva da liberdade

provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se porém ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. 6. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula nº 691/STF. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por al não estiver preso.” *STF - 2ª Turma - HC 100745-SC - Rel. Min. Eros Grau - DJe 16.04.2010*

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Manutenção de flagrante . Decisão fundada apenas em referência ao art. 44 da Lei nº 11.343/06. Inadmissibilidade. Insuficiência da mera capitulação normativa do delito. Necessidade da demonstração de existência de uma das causas previstas no art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Voto vencido. Interpretação do art. 5º, incs. XLIII, LIV, LV, LXI, LXVI, LVII, da CF, e art. 310 do CPP. É ilegal a decisão que mantém prisão em flagrante ou decreta prisão preventiva, mediante simples referência ao disposto no art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006, sem mencionar a existência de uma das causas previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.”

STF - 2ª Turma - HC 96041-SP - Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso - DJe 16.04.2010

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. DECISÃO LASTREADA NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA

LEI 11.343/2006. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. ORDEM DENEGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição Federal, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII), e do art. 44 da Lei 11.343/06. II - Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, por existirem sólidas evidências do envolvimento do paciente na prática delito de tráfico de drogas. III - *Habeas corpus* denegado.”
STF - 1ª Turma - HC 102546-MS - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJe 04.06.2010

Dessa forma, a concessão da liberdade provisória ao preso em flagrante pela prática do delito de tráfico deve ficar condicionada à ausência das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, hipótese não concretizada na situação em apreço.

No caso em tela, houve suficiente motivação da decisão recorrida, a qual continua manifesta para justificar a manutenção do decreto de prisão cautelar na hipótese em exame.

A decisão que indeferiu a liberdade provisória e o pedido do relaxamento do flagrante do paciente tem o seguinte teor (fls. 88/91):

“Cuida-se de pedido de relaxamento de prisão em flagrante delito e, sucessivamente, de liberdade provisória, formulado por GILMAR BATISTA, por meio de seu defensor constituído. Alega a nulidade da prisão em flagrante, em virtude do uso indevido de algemas por parte da autoridade policial, uma vez que o acusado não ofereceu resistência, nem tampouco colocou em risco a integridade física dos policiais que efetuaram sua prisão. Argumenta que a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas, expressa na Lei 11.343/06, estaria derogada pela

modificação da Lei de crimes hediondos. Sustenta ser o acusado primário, com bons antecedentes e possuir residência fixa, bem como que a convivência familiar e o tratamento clínico para sua doença são indispensáveis para sua reintegração social. O Ministério Público Federal, instado a manifestar-se, às fls. 110/119, opinou pelo indeferimento dos pedidos. É o breve relatório. DECIDO. A prisão do requerente encontra-se respaldada na legislação vigente, não sendo plausível o deferimento do relaxamento de prisão, haja vista a sua regularidade. Tampouco se afigura cabível a concessão da liberdade provisória, como requerida, diante do prescrito na Lei de Anti Drogas vigente. Embora o réu tenha alegado o uso indevido de algemas por parte da autoridade policial, razão não lhe assiste. Como sustentado pelo ilustre membro do Ministério Público Federal, a Súmula nº 11 do Supremo Tribunal Federal permite o uso de algemas em situações excepcionais, para impedir ou dificultar a fuga do preso ou para evitar a agressão a policiais, terceiros ou ao próprio preso. No caso dos autos, o acusado foi preso em região de fronteira com a Bolívia, havendo grande facilidade para fugas e evasões. Ademais, os policiais justificaram a necessidade de uso de algemas, conforme Termo de Recebimento do Preso de fls. 09/10, em observância ao disposto na Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, não procede a alegação do réu de que a modificação na Lei de Crimes Hediondos teria derogado a proibição de liberdade provisória, nos crimes de tráfico de drogas, expressa na Lei nº 11.343/06. Primeiramente, impende destacar a orientação dos Tribunais Superiores no sentido de que a vedação de liberdade provisória contida no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.078/90 decorre da própria inafiançabilidade prevista pelo artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, de modo que, ao ter sido retirada a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, obteve-se tão-somente uma alteração textual. Nesse mesmo

sentido, entende o Supremo Tribunal Federal que a Lei nº 11.343/06 cuida de norma especial, sendo impossível, então, que a nova redação conferida ao já mencionado artigo da Lei nº 8.072/90, sobre o que dispõe o artigo 44 daquele diploma normativo, prepondere. Senão vejamos: ‘EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 5º, XLIII E LXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. REGRA ESPECIAL QUE NÃO FOI ALTERADA POR LEI DE CARÁTER GERAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA CARACTERIZADA PELA REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - A vedação da liberdade provisória a que se refere o art. 44, da Lei 11.343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11.464/07. II - A garantia da ordem pública é fundamento que não guarda relação direta com o processo no qual a prisão preventiva é decretada, dependendo a sua avaliação do prudente arbítrio do magistrado. III - A reiteração criminosa, associada à demonstração da adequação e proporcionalidade da medida, autoriza a custódia cautelar. IV - Ordem denegada.’ (STF, HC 93000/MG, Relator Ricardo Lewandowski, Dje 24/04/2008). Assim, por força do disposto no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, é inadmissível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, *in verbis*: ‘Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.’ (grifo nosso) Desse modo, fica evidente que não há de se falar em liberdade provisória, ainda que o requerente seja pessoa portadora de bons antecedentes.

De outra banda, também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: ‘*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. NULIDADE DO FLAGRANTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO, PELO ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.072/90 E PELO ART. 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...) 3. Analisar a tese de nulidade do flagrante, por supostamente preparado, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere. 4. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança. 5. A legislação infraconstitucional (art. 2º, II, da Lei 8.072/90 e art. 44 da Lei 11.343/06) também veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. 6. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação legal é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/6/07, ainda não publicado). (...)’ (STJ, HC 67644/SP, 5ª Turma, Decisão: 25/10/2007). Assim, para a garantia da ordem pública, justifica-se a permanência da custódia cautelar da requerente (cf. RT 600/389). Aliás, o conceito de ordem pública, como preleciona MIRABETE, ‘não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria

credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão'. (Processo Penal, 16ª ed., p. 418). De acordo com o substancioso parecer do *Parquet* Federal, as provas quanto à participação do requerente em atos ilegais indicam a necessidade de sua custódia. Ademais, a quantidade de droga transportada (1.535 g) é a confirmação pelo réu de se usuário de drogas, desde os 15 anos de idade, e que em função das dívidas contraídas perante os traficantes, foi obrigado aderir a atividades do tráfico. Assim, a custódia mostra-se imprescindível para a garantia da ordem pública e eficácia dos atos a serem praticados. Ante o exposto, acolho a bem lançada promoção ministerial de fls. 110/119, cujas razões também adoto para INDEFERIR O PEDIDO LIBERDADE PROVISÓRIA, em face da necessidade de manter-se a custódia preventiva a que se submete o requerente. Saem os presentes intimados da expedição da carta precatória e que deverão acompanhá-la no Juízo Deprecado, independente de nova intimação deste Juízo. Sem prejuízo, verifique a Secretaria se todas as certidões de antecedentes estão juntadas aos autos, providenciando as porventura inexistentes”.

Consta da inicial que o paciente foi preso em flagrante em 25.11.2009, como incurso no artigo 33, *caput*, c. c. art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

A autoria e a materialidade encontram suporte no próprio estado de flagrância, bem como pode ser extraído do próprio recebimento da denúncia (fls. 103).

Ademais, a necessidade da custódia cautelar é justificada, notadamente, para garantia da ordem pública, com a finalidade de fazer cessar a atividade criminosa, principalmente se considerada a expressiva quantidade de drogas apreendidas na oportunidade do flagrante.

Destarte, a motivação apresentada pela autoridade impetrada é suficiente e revela a necessidade da custódia cautelar para se resguardar a ordem pública, sendo cediço que simples primariedade,

bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não impedem a prisão preventiva, quando presentes seus requisitos.

Observo, por fim, que a medida segregatória ora impugnada não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois referido princípio é de natureza *juris tantum* e não colide com o espírito das prisões provisórias.

Quanto ao pedido de relaxamento da prisão em flagrante em razão do uso indevido de algemas, de igual forma, não assiste razão aos impetrantes.

É certo que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, que prescreve que “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Também é certo que a referida Súmula vincula todos os Juízes e Tribunais, mas isso não impede que o Relator examine as circunstâncias do caso concreto para ver se o uso de algemas naquela ocasião era justificado.

No caso em tela, o uso das algemas foi justificado pela autoridade policial, nos seguintes termos:

“Justificativas: uso de algemas mostrou-se necessário na situação apresentada, primeiramente, em razão da sensibilidade do local onde foi feita a prisão, que é um local de grande fluxo de pessoas, fator este que atua como facilitador para que o agente empreendesse fuga, sendo que caso o mesmo o fizesse, os policiais, para cumprirem com sua obrigação legal prevista no art. 302 do Código de Processo Penal, dificilmente poderiam fazê-lo sem colocar em risco à integridade física, bem como o patrimônio de terceiros, isso sem dizer em sua própria integridade e até mesmo do preso. Considerou-se ainda o instinto humano de liberdade, que implica em certa presunção de se buscar

incessantemente pela liberdade, a não utilização de algemas poderia contribuir na tendência para a fuga do conduzido resultando na nefasta não aplicação da lei penal, bem como na necessidade de medidas extremas para recaptura do preso. Ademais, corroborou a necessidade do uso de algemas o reduzido efetivo policial no local, o que levaria à impossibilidade da condução dos conduzidos à esta Delegacia sem colocar-se em risco a integridade física dos policiais responsáveis por fazê-lo. Ademais, quanto ao estado anímico do conduzido, o mesmo mostrou-se abalado quando lhe foi dada voz de prisão, tornando-se imprevisível qualquer reação que o mesmo poderia ter durante o trajeto para esta descentralizada. Por conta deste ultimo fato, o transporte do preso na viatura algemado se mostrou necessário de acordo com a melhor doutrina policial para prevenir, coibir e desestimular qualquer reação do preso contra si ou contra a equipe policial, uma vez que um incidente eventualmente ocorrido dentro de uma viatura em movimento potencializa o dano que este poderia causar, implicando até mesmo em risco à vida dos condutores. Importante salientar que o uso de algemas apenas se deu pelas razões acima expostas, não tendo referida atitude tido por escopo humilhar, perseguir, prejudicar ou disciplinar o conduzido, sendo que a utilização das mesmas se deu exclusivamente por conta das razões técnicas acima apontadas, sendo que não foi feita qualquer forma de exposição gratuita da imagem do conduzido.” (fls. 29/30)

Como se vê, o uso das algemas foi devidamente justificado pelas particularidades do caso, no sentido de se assegurar a segurança naquele momento, quais sejam, a tensão no interior do ônibus quando de uma abordagem policial, o instinto humano de liberdade, o número reduzido de policiais (três policiais militares) frente ao número de passageiros do coletivo, a reação que o paciente teve quando lhe foi dada a voz de prisão em flagrante, bem como eventual incidente que poderia ocorrer na viatura em movimento.

Por fim, anoto que a Súmula Vinculante 11/STF não estabelece nenhuma forma especial para essa justificativa do uso de algemas por escrito. E no caso concreto o uso das algemas está justificado pelo depoimento do condutor, reduzido a termo por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 29/30).

Quanto à alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, referida alegação a se mostra superada, uma vez que a autoridade impetrada informou que após a realização do exame pericial, em 18.08.2010, seriam as partes intimadas para apresentarem as alegações finais (fl. 103 v.).

E conforme mencionado pela Procuradoria Regional da República, a instrução foi encerrada em 26.08.2010, ocasião em que o Juízo *a quo* determinou a intimação das partes para a apresentação das alegações finais, tendo o Ministério Público Federal apresentado suas razões em 09.09.2010.

Assim, se constrangimento ilegal existiu, decorrente da demora no encerramento da instrução, desapareceu com o encerramento da mesma, devendo ser aplicado ao caso o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, compilado na Súmula 52, que tem a seguinte redação: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

Assim, o *writ* encontra-se prejudicado no ponto.

Por estas razões, *julgo prejudicada* a impetração quanto à alegação de excesso de prazo e, no mais, *denego a ordem*.

É como voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

“HABEAS CORPUS”
0027738-89.2010.4.03.0000
(2010.03.00.027738-4)

Impetrantes: MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN E DIEGO NENO ROSA MARCONDES

Paciente: APARECIDO FERNANDES PEREIRA (réu preso)

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

Co-réus: MARIO JORGE VIEIRA DE ALMEIDA E OUTROS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF

Classe do Processo: HC 42535

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/10/2010

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ARTIGOS 288, 299, 304, 313-A, 317, 321 e 333, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SERVIDOR DO INCRA. FRAUDE NA REGULARIZAÇÃO DE LOTES EM IMÓVEL DESTINADO À REFORMA AGRÁRIA. FRAUDES NAS TOMADAS DE PREÇOS PARA FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS EM ASSENTAMENTOS. PRESENÇA DE INDÍCIOS VEEMENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS APURADOS NAS INVESTIGAÇÕES BASEADAS EM ESCUTAS TELEFÔNICAS E AÇÃO CONTROLADA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA ORDEM ECONÔMICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA E MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. ORDEM DENEGADA.

- Comprovado nos elementos de convicção coligidos à impetração que o decreto prisional foi embasado nos motivos concretos apurados nas investigações realizadas mediante interceptação telefônica requerida pelo Ministério Público Federal e autorizada nos autos nº 2009.60.06.001125-9, com tramitação na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Naviraí - MS, feito no qual foi deferida a ação controlada

prevista no art. 2º, II da Lei nº 9.034/95, além de medida cautelar de busca e apreensão expedida nos autos nº 2009.60.02.005397-8, que permitiram a elaboração de relatório de inteligência no qual se desbaratou a existência de organização criminosa estável liderada por servidores públicos do INCRA, auxiliados por líderes de movimentos sociais e prestadores de serviços em assentamentos.

- A decisão impugnada veio sobejamente fundamentada e ao longo de 322 (trezentos e vinte e duas páginas), transcreveu parte substancial do relatório da autoridade policial e dos diálogos interceptados, que permitiram aferir a necessidade concreta da medida segregatória cautelar do paciente, ante as evidências apontando seu envolvimento nos fatos em tese delituosos na condição de servidor público federal do INCRA de Dourados - MS, cuja participação foi individualizada na decisão segregatória, e segundo a qual o paciente tinha atuação destacada na organização, agindo como elo entre os líderes dos assentamentos e funcionários mais graduados, responsável por arrecadar os pagamentos de propina relativos às regularizações dos lotes, como também pela arrecadação dos valores dos proprietários de empresas que “ganham” as tomadas de preços para fornecimento de bens e serviços aos assentamentos.

- Medida excepcional foi devidamente justificada a fls. 343 na presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, diante da necessidade da medida para a garantia da ordem pública, na medida em que a ação delitiva já se prolongava de forma reiterada, além de da ordem econômica, pelos contundentes indícios de malversação de recursos públicos.

- Ausente constrangimento ilegal contra o paciente e que decorresse da custódia cautelar decretada, ante a existência de indícios idôneos do seu envolvimento nos fatos investigados, além da necessidade da medida constritiva ter sido justificada em motivos concretos relacionados à reiteração criminosa verificada e à garantia da ordem pública

revelada na sua atuação delituosa, aptas a conferir justa causa à prisão preventiva decretada.

- Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Aparecido Fernandes Pereira, apontando como autoridade coatora o Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Naviraí, que acolheu representação da autoridade policial e decretou a prisão preventiva do paciente, nos autos do inquérito policial nº 0205/2009-4-DPF/NVI/MS, em que se apura a prática dos delitos previsto nos artigos 288, 299, 304, 313-A, 317, 321 e 333, todos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a desnecessidade da custódia do paciente, considerando que este já foi ouvido no inquérito policial, tendo informado todos os fatos de que tem conhecimento e delatado seus superiores, colaborado com o andamento das investigações, de forma que não mais se encontram presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Pede a concessão da liminar para a imediata revogação da prisão preventiva.

Requisitadas as informações, esclareceu a autoridade impetrada que a decretação da custódia se deu em razão dos veementes

indícios acerca da materialidade e autoria delitivas em relação ao paciente, de forma a justificar sua necessidade visando a garantia da ordem pública e da ordem econômica, tendo em vista as investigações em que se apurou sua condição de servidor do INCRA e integrante de organização criminosa voltada à regularização fraudulenta e comercialização de lotes destinados à reforma agrária, bem como na contratação de fornecedores de bens e serviços para os assentamentos, conforme detalhadamente apurado nas escutas telefônicas autorizadas e que apontaram ser um dos membros mais ativos e com participação mais importante no esquema criminoso, com envolvimento nos delitos de falsidade ideológica, uso de documento falso, formação de quadrilha, inserção de dados falsos em sistema de informações e corrupção passiva.

Esclareceu ainda que o paciente formulou pedido de revogação da prisão preventiva, o qual foi indeferido, sob o entendimento de que permanecem presentes os pressupostos da medida constritiva decretada.

No parecer, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem, entendendo que a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente foi devidamente fundamentada, pois o paciente é importante membro de organização criminosa formada por servidores públicos do INCRA que, associados a outras pessoas, dentre elas líderes de movimentos sociais, passaram a perpetrar uma série de delitos relacionados à supostas vendas e regularizações de assentamentos de reforma agrária, fraude na escolha e pagamento de fornecedores, mediante o desvio de recursos da Administração Pública Federal.

É o relatório.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator): O presente *habeas corpus* tem por objeto a revogação da prisão preventiva do paciente, decretada no

inquérito policial nº 0205/2009 instaurado pela Delegacia de Polícia Federal de Naviraí - MS, após representação da autoridade policial que apontou o grave envolvimento do paciente em organização criminosa voltada à venda e regularização de lotes em assentamentos de reforma agrária, além de fraudes na escolha e pagamento de fornecedores e prestadores de serviço dos assentamentos com recursos financeiros da União, quadrilha liderada por servidores do INCRA, auxiliados por líderes de movimentos sociais e prestadores de serviços, composta por um total de 20 (vinte) integrantes.

Inicialmente, verifico que os impetrantes formularam pedido de concessão de liberdade provisória ao paciente perante o Juízo impetrado, o qual restou indeferido.

No entanto, a cognição admitida na presente impetração está limitada aos fundamentos da decisão que decretou a segregação cautelar do paciente, de forma que não envolveu o pronunciamento acerca da decisão superveniente de manutenção da custódia cautelar.

Dos elementos de convicção coligidos à impetração, verifico que o decreto prisional foi embasado nos motivos concretos apurados nas investigações realizadas mediante interceptação telefônica requerida pelo Ministério Público Federal e autorizada nos autos nº 2009.60.06.001125-9, com tramitação na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Naviraí - MS, feito no qual foi deferida a ação controlada prevista no art. 2º, II da Lei nº 9.034/95, além de medida cautelar de busca e apreensão expedida nos autos nº 2009.60.02.005397-8, que permitiram a elaboração de relatório de inteligência no qual se desbaratou a existência de organização criminosa estável composta por servidores públicos do INCRA, líderes de movimentos sociais e prestadores de serviços.

A decisão impugnada veio sobejamente fundamentada e ao longo de 322 (trezentos e vinte e duas páginas), transcreveu parte substancial do relatório da autoridade policial e dos diálogos interceptados, que permitiram aferir a necessidade concreta da medida segregatória cautelar do paciente, ante as evidências apontando seu envolvimento nos fatos em tese delituosos na condição

de servidor público federal do INCRA de Dourados - MS, cuja participação foi individualizada a fls. 26 da decisão (fls. 47 dos autos), e segundo a qual o paciente tinha atuação destacada na organização, agindo como elo entre os líderes dos assentamentos e funcionários mais graduados, responsável por arrecadar os pagamentos de propina relativos às regularizações dos lotes, como também pela arrecadação dos valores dos proprietários de empresas que “ganham” as tomadas de preços para fornecimento de bens e serviços aos assentamentos.

Assim, a medida excepcional foi devidamente justificada a fls. 343 na presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, diante da necessidade da medida para a garantia da ordem pública, na medida em que a ação delitiva já se prolongava de forma reiterada, além de da ordem econômica, pelos contundentes indícios de malversação de recursos públicos.

Assim, entendo que não existe constringimento ilegal contra o paciente e que decorresse da custódia cautelar decretada, ante a existência de indícios idôneos do seu envolvimento nos fatos investigados, além da necessidade da medida constritiva ter sido justificada em motivos concretos relacionados à reiteração criminosa verificada e à garantia da ordem pública revelada na sua atuação delituosa, aptas a conferir justa causa à prisão preventiva decretada.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

É como voto.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF -
Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0036704-12.1989.4.03.6100
(94.03.070281-8)

Partes Autoras: ARI PEREIRA DA SILVA E OUTROS

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Classe do Processo: REOMS 154236

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2010

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA FISCAL DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IDADE MÁXIMA DE 35 ANOS PARA INSCRIÇÃO. INEXIGIBILIDADE.

I - Limite máximo de 35 anos de idade estabelecido no art. 3º da Lei nº 6.334/76, para inscrição em concurso público para ingresso no cargo de Fiscal de Tributos. Irrazoabilidade da discriminação erigida pela lei, pois não há pertinência lógica entre a exigência de idade máxima de 35 anos e o ingresso na carreira de Fiscal Tributário. Precedentes da Corte.

II - Remessa oficial desprovida.

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

São Paulo, 13 de setembro de 2010.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

(Relator): Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança impetrado contra ato do Coordenador do Núcleo da Escola de Administração Fazendária objetivando assegurar inscrição dos impetrantes no concurso público para provimento de cargos de Técnico do Tesouro Nacional e Auditor Fiscal do Tesouro Nacional.

Alegam os impetrantes, em síntese, que foram impedidos de efetuar inscrição no concurso para carreiras de Técnico e Auditor Fiscal do Tesouro Nacional por possuírem idade superior a 35 anos.

A sentença de fls. 48/51 concedeu a segurança pleiteada declarando o ato do Coordenador do Núcleo da Escola de Administração Fazendária violador de direito líquido e certo amparado pela Constituição Federal.

Subiram os autos a este E. Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de mandado de segurança visando assegurar a inscrição dos impetrantes no concurso público para as carreiras de Técnico do Tesouro Nacional e Auditor Fiscal do Tesouro Nacional.

Alegam os autores que foram impedidos de efetuar a inscrição no concurso por possuírem mais de 35 anos de idade e que tal exigência, constante nos editais de número 06 e 07, de 25 de setembro de 1989, constitui flagrante violação a direito líquido e certo.

A autoridade coatora argumenta em suas informações que os candidatos ao concurso público devem submeter-se aos requisitos previstos em lei, respeitando-se o limite mínimo e máximo de idade para inscrição no concurso, o que é permitido pela Constituição.

A lei não só pode como deve estabelecer requisitos para o

exercício de cargo público. A questão é saber se os requisitos por ela previstos são razoáveis e se têm pertinência com o “discrimen” por ela estabelecido.

A Lei nº 6.334, de 31 de maio de 1976, que fixou idade máxima para inscrição em concurso público destinado ao ingresso em empregos e cargos do Serviço Público Federal, assim prevê:

“Art. 1º É fixada em 50 (cinquenta) anos a idade máxima para inscrição em concurso público destinado ao ingresso nas Categorias Funcionais instituídas de acordo com a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, exceto as integrantes dos Grupos Polícia Federal, Diplomacia e Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

...

Art. 3º Em relação ao Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização, a idade máxima para inscrição em concurso público destinado ao ingresso nas respectivas Categorias Funcionais é de 35 (trinta e cinco) anos.

Art. 4º Independência da idade a inscrição do candidato que seja servidor de órgão da Administração Federal direta ou de autarquia federal, nos casos compreendidos nos artigos 1º e 3º desta Lei.”

Nota-se, claramente, que a discriminação estabelecida pela lei não é razoável, pois não há pertinência lógica entre a exigência de idade máxima de 35 anos e o ingresso na carreira de Fiscal Tributário.

Ademais, o § 4º traz outra discriminação odiosa, dispensando o limite de idade para os servidores de órgãos da Administração Federal direta ou de autarquia federal, ferindo de morte o princípio da igualdade.

É entendimento do E. STF que a limitação de idade para o exercício de cargo público deve justificar-se pela natureza e necessidade das atribuições e este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região firmou entendimento pela inconstitucionalidade da exigência de idade mínima para participação em concurso público

da carreira Fiscal, como se vê dos julgados abaixo:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL - LIMITE DE IDADE.

1. É inconstitucional a limitação etária fixada sem qualquer correlação lógica com o exercício das funções disputadas no concurso público.

2. Precedentes do STF e STJ.

3. Remessa oficial improvida.”

(TRF 3ª Região, rel. Des. Federal Fábio Prieto, REOMS 90.03.015285-3, DJU de 11/04/2007, página 432);

“TRIBUTÁRIO - REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - LIMITE MÁXIMO DE 35 ANOS PARA INSCRIÇÃO NO CARGO DE AUDITOR FISCAL DO TESOIRO NACIONAL - LEI 6.334/76 - OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL CONSAGRADO NO ART. 7º, XXX - DISPENSA AOS OCUPANTES DE CARGO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL DIRETA OU AUTARQUIAS FEDERAIS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1 - O limite de idade máximo de 35 (trinta e cinco) anos estabelecido no art. 3º da Lei nº 6.334/76, para inscrição em concurso público para ingresso dos cargos integrantes do Tesouro Nacional - AFTN E TTN - fere o princípio consagrado no art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.

2 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que a limitação de idade para exercício de cargos públicos somente pode ser imposta quando necessária às atribuições do cargo. Precedente: RE 177.570-BA.

3 - A dispensa de limitação máxima de idade aos ocupantes de cargo da Administração Federal Direta ou Autarquias Federais, prevista no art. 4º da Lei nº 6.334/76, ofende o princípio da isonomia.

4 - Remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, rel. Des. Federal Lazarano Neto, REOMS 92.03.048048-0, DJU de 19/03/2007, página 416);

“CONSTITUCIONAL - CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREO NACIONAL. LIMITE DE IDADE. REMESSA OFICIAL.

1 - A constituição federal de 1988 proíbe qualquer discriminação em razão da idade, para ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional.

2 - No caso em tela não caracteriza situação que autorize uma das possíveis exceções no tocante à limitação da idade em concurso público.

3 - Remessa oficial desprovida.”

(TRF 3ª Região, rel. Des. Federal Cecília Marcondes, REO 92.03.066710-5, DJU de 07/06/2000, página 159).

Posto isto, *nego provimento* à remessa oficial, mantendo na íntegra a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

- Sobre o limite etário para inscrição em concurso público, veja também os seguintes julgados: MS 90.03.020496-9/SP, Relator Juiz Homar Cais, publicado na RTRF3R 3/193 e REOMS 90.03.022078-6/SP, Relator Juiz Márcio Moraes, publicado na RTR3R 9/258.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0001171-43.1999.4.03.6002
(1999.60.02.001171-0)

Parte Autora: SEBASTIAO RIZO

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Sucedido: DEPARTAMENTO NACIONAL ESTRADAS RODAGEM - DNER

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO

Classe do Processo: REO 946443

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO INFRATOR. ART. 280 A 282 DO CTB (LEI 9.503/97). INEXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL.

1. Os art. 280 a 282 do CTB (Lei 9.503/97) indicam a exigência de duas notificações do condutor sobre as multas de trânsito, sendo a primeira delas para ciência do ato e a segunda para o pagamento propriamente dito.
2. Não havendo tais notificações, mormente nos casos de multas aplicadas por meio de radares ou por agentes de trânsito, em que o condutor não toma ciência do ato de infração no momento em que ela é apontada, fica eivada de nulidade a exigência de pagamento como condição para o licenciamento de veículo (Súmula 127 do STJ).
3. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Cuida-se de remessa oficial em relação à douta sentença de fls. 205/207 que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade dos atos administrativos referentes às multas indicadas na inicial a partir do momento em que houve a falta de notificação, para que o autor seja regularmente notificado e os processos administrativos possam ter regular e normal prosseguimento. Diante da sucumbência recíproca, atribuiu as custas à parte autora e estabeleceu que cada parte arcará com os honorários dos respectivos patronos.

Na petição inicial, afirmou o autor que é proprietário do veículo placas HRF 1956, em relação ao qual obteve ordem liminar, na ação cautelar 1999.60.02.000720-1, para licenciamento, independentemente do pagamento de multas aplicadas pela ausência de aferição de pesagem diária ou dentro do prazo exigido, sendo que todas as multas se refeririam a uma variação de excesso entre 50 kg e 250 kg num dos eixos do veículo, mas sem extrapolação do peso total. Diz que não foi notificado das multas, de forma que seria aplicável a Sumula 127 do STJ.

A douta sentença considerou descabida a alegação de falta de aferição das balanças do DNER em razão da juntada de laudos de exame do INMETRO (fls. 123/130). Considerou, ainda, que a ausência de notificação do proprietário do veículo impede que o licenciamento seja condicionado ao pagamento delas.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): A remessa oficial não comporta provimento, pelos fundamentos alinhavados a seguir.

Os precedentes desta Colenda Terceira Turma indicam a

exigência de duas notificações do condutor sobre as multas de trânsito, sendo a primeira delas para ciência do ato e a segunda para o pagamento propriamente dito, nos termos dos art. 280 a 282 do CTB (Lei 9.503/97).

Não havendo tais notificações, mormente nos casos de multas aplicadas por meio de radares ou por agentes de trânsito, em que o condutor não toma ciência do ato de infração no momento em que ela é apontada, fica eivada de nulidade a exigência de pagamento como condição para o licenciamento de veículo.

É o que ilustra a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. DNER. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO REGULAR A RESPEITO DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. NULIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. 1. As regras dos arts. 280 a 282 da Lei nº 9.503/97 (o atual Código de Trânsito Brasileiro) indicam que, no procedimento de imposição de penalidades administrativas por infrações de trânsito, há necessidade de formalização de duas notificações. A primeira é a chamada ‘notificação da autuação’ ou ‘notificação de cometimento de infração’, que tem por finalidade dar conhecimento ao condutor do veículo (o ‘infrator’), ou, eventualmente, ao proprietário do veículo, a respeito da constatação, em tese, da prática de uma infração de trânsito. Essa notificação pode ser feita, nos termos do art. 280, VI, acima transcrito, mediante a simples ciência pessoal do condutor do veículo no momento da lavratura desse documento, que põe sua assinatura no próprio auto. 2. Realizada a notificação da autuação, a autoridade de trânsito julgará sua ‘consistência’ e, caso procedente, deverá aplicar a penalidade (art. 281). Sobrevém, neste momento, a necessidade de realizar a ‘notificação de imposição de penalidade’, abrindo-se o prazo para que o interessado possa interpor o recurso administrativo cabível (art. 282). 3. No caso dos autos, a aferição do excesso de velocidade foi feita por meio de radar eletrônico, que não permite a

notificação pessoal do condutor, daí emergindo a necessidade, ainda mais premente, de comunicação pessoal do proprietário do veículo da existência da infração. 4. Hipótese em que a comunicação a respeito da ocorrência da infração foi devolvida pelos Correios, cujo agente anotou a ausência do destinatário. 5. A exigência de notificação pessoal é uma decorrência dos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, aplicáveis em sua inteireza aos processos administrativos em que haja acusados ou litigantes em geral. 6. Diante da preeminência desses valores constitucionais, não se pode admitir sua aplicação meramente formal. Em outras palavras, a ‘mens constitutionis’ está voltada à preservação da cláusula ‘due process of law’ (em seus aspectos substancial e processual), do contraditório e da ampla defesa que sejam efetivos, não simples formalidades. 7. Considerando que a notificação pessoal exigida em lei não foi regularmente aperfeiçoada, é inválida a multa imposta ao autor. 8. Apelação a que se nega provimento.”

(TRF3 - Terceira Turma - AC 935907 - Relator Juiz Renato Barth - DJU 09/04/2008, p. 748)

Aplicável, nesta hipótese, a Súmula 127 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “é ilegal condicionar a renovação de licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado”.

No caso, verifica-se pelo extrato de fls. 47 que o veículo em questão sofreu cinco autuações entre 03 de maio de 1995 e 21 de fevereiro de 1997, quatro delas no km 14 da rodovia BR 267 e uma no km 323 da BR 163.

Todavia, os autos de infração de fls. 98/104 demonstram que todas as multas foram aplicadas quando o veículo era dirigido por terceiros.

Não há nos autos quaisquer outros documentos que comprovem a notificação pessoal do proprietário do veículo.

Frente ao exposto, meu voto nega provimento à remessa oficial.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

- Sobre a exigência de dupla notificação nas multas de trânsito, veja também o seguinte julgado: ApelReex 2007.60.00.003690-5/MS, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicada na RTRF3R 97/310.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0028374-69.2002.4.03.6100
(2002.61.00.028374-3)

Parte Autora: WILSON MARQUES DE ALMEIDA
Partes Rés: CIA. ENERGÉTICA DE SÃO PAULO - CESP E OUTROS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: REO 1264085
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2010

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO POPULAR - LICITAÇÃO - VENDA DE ENERGIA EM LEILÃO PELA BM&F - AUSÊNCIA DE VÍCIOS E PREJUÍZO A POSSÍVEIS INTERESSADOS - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E ACESSO IGUALITÁRIO DOS LICITANTES - LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA.

I - Do edital do certame, impugnado na ação popular não se constata qualquer dos vícios alegados pelos autores populares, pois:

II - A fixação do preço mínimo não é exigido na lei como requisito indispensável do edital de licitações, no caso tendo-se estabelecido que tal preço mínimo seria publicado 90 minutos antes da entrega das ofertas dos interessados, o que em princípio atende ao interesse público no que tange ao impedimento de eventuais atitudes especulativas de interessados, atento à natureza especial do mercado público de energia e a operação em bolsa de valores, assegurando inclusive a publicidade, a transparência e a isonomia entre os licitantes.

III - A delegação da realização do leilão à BM&F não encontra restrição nas normas reguladoras deste mercado específico de energia, antes sendo com elas compatível,

pois pela Lei nº 9.648/98, art. 10, passou a ser “de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição”, também incluindo o inciso XXII no artigo 24, da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), pelo qual dispensou das regras de licitação nela dispostas a “contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”, enquanto que a Lei nº 10.438/2002, em seu artigo 27, *caput* e §§ 4º e 5º, apenas determina a observância das regras específicas dos arts. 1º e 2º da MP nº 144/2004 (convertida na Lei nº 10.848, de 15.03.2004) e exige que as empresas concessionárias de geração do serviço público sob controle estatal comercializem sua produção, inclusive diretamente com consumidores finais, através de procedimento - leilão público - que assegure “publicidade, transparência e igualdade de acesso aos interessados”.

IV - A intermediação dos interessados por corretoras associadas à BM&F é prevista no artigo 8º da Lei nº 4.728/65, que regula a atividade e os negócios na bolsa de valores, daí não advindo qualquer restrição indevida de interessados à licitação.

V - Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de setembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de exclusiva remessa oficial em face de sentença (fls. 651/655) que julgou improcedente a Ação Popular (ajuizada aos 10.12.2002 originariamente por autor originário que desistiu da ação a fl. 548, sendo sucedido pelo MPF WILSON MARQUES DE ALMEIDA - autor originário que desistiu da ação a fl. 548, sendo sucedido pelo MPF - em face da CESP - Companhia Energética de São Paulo, da BM&F - Bolsa de Mercadorias & Futuros, ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, COPEL GERAÇÃO, e EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA), rejeitando as alegações de vícios do procedimento licitatório impugnado (objeto do Edital nº 001/2002 publicado pela BM&F aos 26.11.2002, para a venda de energia pelas empresas públicas CESP, EMAE e COPEL, através de leilão designado para o dia 11.12.2002) e os pedidos para declaração de nulidade dos contratos formalizados com base em referido edital (aos fundamentos de ilegalidade da delegação do processo licitatório à BM&F, que não delegou apenas a realização do leilão como também a fixação dos critérios de participação dos licitantes, privilegiando corretoras associadas à BM&F - com sua necessária intermediação da participação dos interessados -, bem como, ausência de preço mínimo no edital que estaria a violar o princípio da igualdade entre os licitantes, por não conferir ao certame a transparência necessária, com possibilidade de alguns proponentes disporem de informações privilegiadas) e, por fim, isentando o autor de ônus de sucumbência por não vislumbrar má-fé no ajuizamento da demanda.

A mesma sentença julgou, conjuntamente, outra Ação Popular (REOAC nº 2003.61.00.009933-0, em apenso, fls. 375/380 daqueles autos) com o mesmo objeto (ajuizada aos 11.12.2002 por ANDRÉ FRANCO DE OLIVEIRA PASSOS - autor - sucedido pelo MPF em face de seu abandono na condução do feito - em face dos mesmos RÉUS).

Anote-se que a Ação Popular nº 2002.61.00.028374-3 foi

proposta perante a 6ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, enquanto a Ação Popular nº 2002.61.00.009933-0 havia sido ajuizada perante 5ª Vara Federal de Curitiba/PR, sendo reunidas perante o Juízo Federal de São Paulo por decisão do Eg. STJ nos autos de Conflito de Competência (fls. 70/79 destes últimos autos).

Foi proferida decisão liminar suspensiva do leilão em ambos os feitos, sendo que a do feito que tramitava em Curitiba (Proc. nº 2002.61.00.009933-0) foi cassada na decisão do Eg. STJ (fl. 77/78), enquanto que a do Processo nº 2002.028374-3 foi suspensa nesta Corte pela decisão do Relator no AI nº 2002.61.00.028374-3 (fls. 213/215).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela inexistência de interesse recursal em ambos os feitos (fls. 385/387 do Proc. 2003.9933-0 e fls. 662/664 do Proc. 2003.028374-3).

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, nesta superior instância, pelo i. Procurador Regional da República Dr. José Leônidas Belém de Lima, manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 400/401 do Proc. 2003.9933-0 e fls. 683/684 do Proc. 2003.028374-3).

Dispensada a revisão, por tratar-se de matéria predominante de direito, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de exclusivo reexame necessário da sentença que julgou improcedente a presente ação popular (art. 19 da Lei nº 4.717/65).

O edital do certame, impugnado na ação popular, encontra-se a fls. 16/32 (dos autos do Proc. nº 2003.61.00.009933-0) e a fls. 22/199 (dos autos do Proc. nº 2002.61.00.028374-3).

O Ministério Público Federal, tanto em primeira como nesta segunda instância, manifestaram-se pela manutenção da sentença de improcedência da demanda.

Com efeito, penso que a sentença deu o devido deslinde desta ação popular, ante a ausência de vícios no procedimento licitatório questionado.

Para isso, reproduzo a seguir a fundamentação da sentença, que por sua precisão e concisão adoto como razões de decidir.

“(…)

Os autores populares alegam nulidades no edital de licitação publicado para a venda de energia.

A licitação é um procedimento pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para a celebração dos seus contratos. Tem duplo objetivo, o interesse público, ou seja, selecionar a proposta mais vantajosa, e o interesse dos particulares, ou seja, a igualdade de oportunidades para contratar com a administração pública, atendendo o princípio da isonomia.

Os autores populares sustentam que a ausência de preço mínimo no edital viola o princípio da isonomia entre os licitantes, na medida em que alguns interessados podem ter informações privilegiadas, além do que viola o princípio da transparência.

No entanto, não há qualquer prova de tratamento desigual entre os licitantes, porque o preço mínimo era desconhecido de todos até noventa minutos antes do leilão. Logo, todos receberam o mesmo tratamento. Embora os autores aleguem a possibilidade de alguns receberem informações privilegiadas, não trouxeram aos autos qualquer indício de que houve tal privilégio.

Da mesma forma, não vislumbro violação ao princípio da transparência ou da publicidade, segundo o qual os atos da licitação devem ser públicos para alcançar o maior número possível de interessados, sendo apenas a proposta sigilosa, até o momento da abertura. No presente caso, foi dada ampla publicidade ao edital e a falta de fixação de preço mínimo não afetou em nada a publicidade dos atos licitatórios.

A ausência de preço mínimo no edital não gera a nulidade do edital ou da licitação e do conseqüente contrato administrativo, pois não se trata de requisito essencial do edital. A fixação do parâmetro mínimo é discricionária. Se não for fixado, a proposta que não tiver seriedade deverá ser desclassificada se for manifestamente inexequível.

Além disso, no caso em exame, a fixação do preço mínimo com a antecedência defendida pelos autores poderia gerar especulações entre os interessados e a formação de cartéis, com prejuízo evidente ao interesse público e ao interesse dos demais licitantes, devendo-se considerar ainda a possibilidade de oscilações nos valores da energia com o decorrer do tempo.

Também quanto à alegação de nulidade da licitação por privilegiar corretoras associadas, verifico não assistir razão aos autores.

De acordo com o edital impugnado, os interessados só podem participar da licitação se forem intermediados por corretoras associadas à BM&F. Os autores alegam que tal discriminação é nula, pois a lei não exige dos licitantes a representação por corretoras.

No entanto, tal exigência é compatível com o princípio da legalidade, na medida em que a lei específica que disciplina as operações na bolsa de valores só a permite mediante a intermediação por sociedades corretoras membros da bolsa (Lei nº 4728/65, artigo 8º). Logo, não houve restrição ilegal à participação de interessados, como sustentado pelos autores.

A Bolsa de Mercadorias & Futuros foi contratada como leiloeira para a realização do leilão para a venda de energia. Não há qualquer ilegalidade neste fato. Para a realização das operações de compra e venda era necessária a observância do procedimento fixado no âmbito da bolsa de valores. É a própria lei que impõe a representação dos interessados para operarem na bolsa. Por isso, a exigência contida no edital é lícita e justificada.

O Ministério Público Federal sustentou em sua manifestação final, que o ínfimo interesse gerado pelo certame licitatório, que resultou na alienação de apenas 2,9% da energia oferecida, deve-se às cláusulas que restringiram o acesso dos interessados ao preço mínimo e à exigência dos custos fixados discricionariamente pelas corretoras vinculadas à leiloeira oficial.

Contudo, como já fundamentado acima, a ausência de fixação de preço mínimo não gera qualquer nulidade, assim como a exigência de representação por corretoras, pois a lei específica impõe tal procedimento. O simples fato de haver poucos interessados no certame também não gera, por si só, qualquer nulidade.

(...)”

Em suma, não se constata qualquer dos vícios alegados pelos autores populares, pois:

1 - a fixação do preço mínimo não é exigido na lei como requisito indispensável do edital de licitações, no caso tendo-se estabelecido que tal preço mínimo seria publicado 90 minutos antes da entrega das ofertas dos interessados, o que em princípio atende ao interesse público no que tange ao impedimento de eventuais atitudes especulativas de interessados, atento à natureza especial do mercado público de energia e a operação em bolsa de valores, assegurando inclusive a publicidade, a transparência e a isonomia entre os licitantes;

2 - a delegação da realização do leilão à BM&F não encontra restrição nas normas reguladoras deste mercado específico de energia, antes sendo com elas compatível, pois pela Lei nº 9.648/98, art. 10, *passou a ser “de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição”*, também incluindo o inciso XXII no artigo 24, da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), pelo qual *dispensou das regras de licitação nela dispostas a “contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com*

concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”, enquanto que a Lei nº 10.438/2002, em seu artigo 27, caput e §§ 4º e 5º, apenas determina a observância das regras específicas dos arts. 1º e 2º da MP nº 144/2004 (convertida na Lei nº 10.848, de 15.03.2004) e exige que as empresas concessionárias de geração do serviço público sob controle estatal comercializem sua produção, inclusive diretamente com consumidores finais, através de procedimento - leilão público - que assegure “publicidade, transparência e igualdade de acesso aos interessados”;

LEI Nº 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998. Conversão da MPv nº 1.531-18, de 1998 - Altera dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências.

“Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição:

I - nos anos de 1998 a 2002, deverão ser contratados os seguintes montantes de energia e de demanda de potência:

a) durante o ano de 1998, os montantes definidos e atualizados pelo Grupo Coordenador para Operação Interligada - GCOI e, na falta destes, os montantes acordados entre as partes;

b) durante os anos de 1999, 2000 e 2001, os respectivos montantes de energia já definidos pelo Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos - GCPS, nos Planos Decenais de Expansão 1996/2005, 1997/2006 e 1998/2007, a serem atualizados e complementados com a definição dos respectivos montantes de demanda de potência pelo GCOI e referendados pelo Comitê Coordenador

de Operações Norte/Nordeste - CCON, para o sistema elétrico Norte/Nordeste;

c) durante o ano de 2002, os mesmos montantes definidos para o ano de 2001, de acordo com o disposto na alínea anterior;

II - no período contínuo imediatamente subsequente ao prazo de que trata o inciso anterior, os montantes de energia e de demanda de potência referidos em sua alínea 'c', deverão ser contratados com redução gradual à razão de 25% (vinte e cinco por cento) do montante referente ao ano de 2002.

§ 1º Cabe à ANEEL homologar os montantes de energia e demanda de potência de que tratam os incisos I e II e regular as tarifas correspondentes.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no *caput*, a ANEEL deverá estabelecer critérios que limitem eventuais repasses do custo da compra de energia elétrica entre concessionários e autorizados para as tarifas de fornecimento aplicáveis aos consumidores finais não abrangidos pelo disposto nos arts. 12, inciso III, 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 1995, com vistas a garantir sua modicidade.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica à comercialização de energia elétrica gerada pela ITAIPU Binacional e pela Eletrobrás Termonuclear S/A - Eletronuclear.

§ 4º Durante o período de transição referido neste artigo, o exercício da opção pelo consumidor de que trata o art. 15 da Lei nº 9.074, de 1995, facultará às concessionárias, permissionárias e autorizadas *revert*, na mesma proporção, seus contratos de compra de energia elétrica referidos nos incisos I e II.

§ 5º O disposto no *caput* não se aplica ao suprimento de energia elétrica à concessionária e permissionária de serviço público com mercado próprio inferior a 300 GWh/ano, cujas condições, prazos e tarifas continuarão a ser regulamentadas pela Aneel. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

§ 5º O disposto no *caput* não se aplica ao suprimento de

energia elétrica à concessionária e permissionária de serviço público com mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano, cujas condições, prazos e tarifas continuarão a ser regulamentados pela ANEEL. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)”

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”

LEI Nº 10.438, DE 26 DE ABRIL DE 2002. Conversão da MPv nº 14, de 2001 - Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nºs 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.

“Art. 27. As concessionárias e autorizadas de geração sob controle federal, estadual e municipal poderão comercializar energia elétrica na forma prevista nos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 1º A redução dos contratos iniciais de que trata o inciso II do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, não

confere direito às concessionárias geradoras a qualquer garantia tarifária em relação ao montante de energia liberada. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 2º Os riscos hidrológicos ou de não cumprimento do contrato poderão ser assumidos pela concessionária geradora vendedora da energia elétrica. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica à Itaipu Binacional e à Eletronuclear.

§ 4º *A energia elétrica das concessionárias de geração de serviço público sob controle societário dos Estados será comercializada de forma a assegurar publicidade, transparência e igualdade de acesso aos interessados.*

§ 5º *As concessionárias de geração de que trata o caput poderão comercializar energia elétrica conforme regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo nas seguintes formas: (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)*

I - leilões exclusivos com consumidores finais; (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)

I - leilões exclusivos para consumidores finais ou por estes promovidos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

II - aditamento dos contratos que estejam em vigor na data de publicação desta Lei, devendo a regulamentação estabelecer data limite e período de transição para a vigência deste aditivo; e (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)

III - outra forma estabelecida na regulamentação. (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)

§ 6º As concessionárias de geração de serviço público sob controle federal ou estadual poderão negociar energia nas licitações, na modalidade de leilão, realizadas pelas concessionárias de serviço público de distribuição. (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)

§ 7º As concessionárias de geração de serviço público sob controle federal ou estadual poderão aditar os contratos iniciais ou equivalentes que estejam em vigor na data de publicação desta Lei, não se aplicando, neste caso, o disposto

no *caput* e no inciso II do art. 10 da Lei 9.648, de 1998. (Incluído pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002) (Regulamento) § 6º As concessionárias e autorizadas de geração sob controle federal, estadual ou municipal poderão negociar energia por meio de: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) I - leilões previstos no art. 2º da Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002, observado o disposto no art. 30 da Lei que resultou da conversão da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003; ou

II - leilões de ajuste previstos no § 3º do art. 2º da Lei que resultou da conversão da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003.

§ 7º As concessionárias de geração de serviço público sob controle federal ou estadual, sob controle privado e os produtores independentes de energia poderão aditar, observados os critérios de prazo e montantes definidos em regulamentação específica, os contratos iniciais ou equivalentes que estejam em vigor na data de publicação desta Lei, não se aplicando, neste caso, o disposto no *caput* e no inciso II do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. (Regulamento) (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 8º As concessionárias de geração de serviço público sob controle federal ou estadual que atuem nos sistemas elétricos isolados poderão firmar contratos de compra e venda de energia elétrica, por modalidade diversa dos leilões previstos neste artigo, com o objetivo de contribuir para garantia de suprimento dos Estados atendidos pelos sistemas isolados. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Art. 28. A parcela de energia elétrica que não for vendida no leilão público de que trata o art. 27 deverá ser, necessariamente, liquidada no mercado de curto prazo do MAE.

Art. 28. A parcela de energia que não for comercializada na forma de que trata o art. 27 deverá ser liquidada no mercado de curto prazo do MAE. (Redação dada pela Lei nº 10.604, de 17.12.2002)

Art. 28. A parcela de energia elétrica que não for comercializada nas formas previstas no art. 27 desta Lei poderá ser liquidada no mercado de curto prazo do CCEE. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)”

LEI Nº 10.848, DE 15 DE MARÇO DE 2004. Conversão da MPV nº 144, de 2003 - Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

“Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

- I - condições gerais e processos de contratação regulada;
- II - condições de contratação livre;
- III - processos de definição de preços e condições de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo;
- IV - instituição da convenção de comercialização;
- V - regras e procedimentos de comercialização, inclusive as relativas ao intercâmbio internacional de energia elétrica;
- VI - mecanismos destinados à aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo;
- VII - tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica e para as restrições de transmissão;
- VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;

IX - limites de contratação vinculados a instalações de geração ou à importação de energia elétrica, mediante critérios de garantia de suprimento;

X - critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE; e

XI - mecanismos de proteção aos consumidores.

§ 1º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos ambientes de contratação regulada e de contratação livre.

§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei.

§ 4º Na operação do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão considerados:

I - a otimização do uso dos recursos eletroenergéticos para o atendimento aos requisitos da carga, considerando as condições técnicas e econômicas para o despacho das usinas;

II - as necessidades de energia dos agentes;

III - os mecanismos de segurança operativa, podendo incluir curvas de aversão ao risco de *deficit* de energia;

IV - as restrições de transmissão;

V - o custo do *deficit* de energia; e

VI - as interligações internacionais.

§ 5º Nos processos de definição de preços e de contabilização e liquidação das operações realizadas no mercado de curto prazo, serão considerados intervalos de tempo e escalas de preços previamente estabelecidos que deverão refletir as variações do valor econômico da energia elétrica, observando inclusive os seguintes fatores:

I - o disposto nos incisos I a VI do § 4º deste artigo;

II - o mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico; e

III - o tratamento para os serviços ancilares de energia elétrica.

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que deverá prever:

I - as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico;

II - as garantias financeiras;

III - as penalidades; e

IV - as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

§ 7º Com vistas em assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE propará critérios gerais de garantia de suprimento, a serem considerados no cálculo das energias asseguradas e em outros respaldos físicos para a contratação de energia elétrica, incluindo importação.

§ 8º A comercialização de energia elétrica de que trata este artigo será feita com a observância de mecanismos de proteção aos consumidores, incluindo os limites de repasses de custo de aquisição de energia elétrica de que trata o art. 2º desta Lei.

§ 9º As regras de comercialização previstas nesta Lei aplicam-se às concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração, de distribuição e de comercialização de energia

elétrica, incluindo as empresas sob controle federal, estadual ou municipal.

Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

I - mecanismos de incentivo à contratação que favoreça a modicidade tarifária;

II - garantias;

III - prazos de antecedência de contratação e de sua vigência;

IV - mecanismos para cumprimento do disposto no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, acrescido por esta Lei;

V - condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais;

VI - mecanismos para a aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo.

§ 1º Na contratação regulada, os riscos hidrológicos serão assumidos conforme as seguintes modalidades contratuais:

I - pelos geradores, nos Contratos de Quantidade de Energia;

II - pelos compradores, com direito de repasse às tarifas dos consumidores finais, nos Contratos de Disponibilidade de Energia.

§ 2º A contratação regulada de que trata o *caput* deste artigo deverá ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição, devendo ser observado o seguinte:

I - as distribuidoras serão obrigadas a oferecer garantias;

II - para a energia elétrica proveniente de empreendimentos

de geração existentes, início de entrega no ano subsequente ao da licitação e prazo de suprimento de no mínimo 3 (três) e no máximo 15 (quinze) anos;

III - para a energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, início de entrega no 3º (terceiro) ou no 5º (quinto) ano após a licitação e prazo de suprimento de no mínimo 15 (quinze) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos.

IV - o início da entrega da energia objeto dos CCEARs poderá ser antecipado, mantido o preço e os respectivos critérios de reajuste, com vistas no atendimento à quantidade demandada pelos compradores, cabendo à ANEEL disciplinar os ajustes nos contratos, de acordo com diretrizes do Ministério de Minas e Energia. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Excetuam-se do disposto no § 2º deste artigo as licitações de compra das distribuidoras para ajustes, em percentuais a serem definidos pelo Poder Concedente, que não poderão ser superiores a 5% (cinco por cento) de suas cargas, cujo prazo máximo de suprimento será de 2 (dois) anos.

§ 4º Com vistas em assegurar a modicidade tarifária, o repasse às tarifas para o consumidor final será função do custo de aquisição de energia elétrica, acrescido de encargos e tributos, e estabelecido com base nos preços e quantidades de energia resultantes das licitações de que trata o § 2º deste artigo, ressalvada a aquisição de energia realizada na forma do § 8º deste artigo.

§ 5º Os processos licitatórios necessários para o atendimento ao disposto neste artigo deverão contemplar, dentre outros, tratamento para:

I - energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;

II - energia proveniente de novos empreendimentos de geração; e

III - fontes alternativas.

§ 6º Entendem-se como novos empreendimentos de geração

aqueles que até o início de processo público licitatório para a expansão e comercialização da oferta de energia elétrica: (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

I - não sejam detentores de outorga de concessão, permissão ou autorização; ou

II - sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação, restrito ao acréscimo de capacidade.

§ 7º A licitação para a expansão da oferta de energia prevista no inciso II do § 5º deste artigo deverá ser específica para novos empreendimentos ou ampliações, sendo vedada a participação de empreendimentos de geração existentes, ressalvado o disposto no art. 17 desta Lei.

§ 7º A licitação para a expansão da oferta de energia prevista no inciso II do § 5º deste artigo deverá ser específica para novos empreendimentos ou ampliações, sendo vedada a participação de empreendimentos de geração existentes, ressalvado o disposto no § 7º-A. (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 7º-A. Poderão participar das licitações, para expansão da oferta de energia, os empreendimentos de geração que tenham obtido outorga de autorização da Aneel ou de concessão oriunda de sistema isolado, desde que atendam aos seguintes requisitos:

I - não tenham entrado em operação comercial; ou

II - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 8º No atendimento à obrigação referida no *caput* deste artigo de contratação da totalidade do mercado dos agentes, deverá ser considerada a energia elétrica:

I - contratada pelas concessionárias, pelas permissionárias e pelas autorizadas de distribuição de energia elétrica até a data de publicação desta Lei; e

II - proveniente de:

a) geração distribuída, observados os limites de contratação e de repasse às tarifas, baseados no valor de referência do mercado regulado e nas respectivas condições técnicas;

b) usinas que produzam energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, enquadradas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA; ou

c) Itaipu Binacional.

c) Itaipu Binacional; ou (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

d) Angra 1 e 2, a partir de 1º de janeiro de 2013. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

§ 9º No processo de licitação pública de geração, as instalações de transmissão de uso exclusivo das usinas a serem licitadas devem ser consideradas como parte dos projetos de geração, não podendo os seus custos ser cobertos pela tarifa de transmissão.

§ 10. A energia elétrica proveniente dos empreendimentos referidos no inciso II do § 8º deste artigo não estará sujeita aos procedimentos licitatórios para contratação regulada previstos neste artigo.

§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo.

§ 12. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que tenham mercado próprio inferior a 500 (quinhentos) GWh/ano ficam autorizadas a adquirir energia elétrica do

atual agente supridor, com tarifa regulada, ou mediante processo de licitação pública por elas promovido ou na forma prevista neste artigo, sendo que na licitação pública poderão participar concessionárias, permissionárias, autorizadas de geração e comercializadoras. (Redação dada pela Lei nº 11.075, de 2004)

§ 13. Nas licitações definidas no § 3º deste artigo poderão participar os concessionários, permissionários e autorizados de geração e comercialização.

§ 14. A ANEEL deverá garantir publicidade aos dados referentes à contratação de que trata este artigo.

§ 15. No exercício do poder regulamentar das matérias deste art. 2º, será observado o disposto no art. 1º desta Lei.

§ 16. Caberá à Aneel dirimir conflitos entre compradores e vendedores de energia elétrica, que tenham celebrado CCEARs, utilizando lastro em contratos de importação de energia elétrica ou à base de gás natural, cujas obrigações tenham sido alteradas em face de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, decorrentes de eventos alheios à vontade do vendedor, nos termos do inciso V do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 17. No exercício da competência de que trata o § 16 deste artigo, a Aneel, reconhecendo a extraordinariedade e a imprevisibilidade dos acontecimentos, poderá garantir neutralidade aos agentes envolvidos, no limite de suas responsabilidades. (Incluído pela Lei nº 11.943, de 2009)

§ 18. Caberá à Aneel, em um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, decidir de ofício, ou por provocação das partes, acerca das questões de que trata o § 16 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)”

3 - por outro lado, a intermediação dos interessados por corretoras associadas à BM&F é prevista no artigo 8º da Lei nº 4.728/65, que regula a atividade e os negócios na bolsa de valores, daí não advindo qualquer restrição indevida de interessados à licitação:

LEI Nº 4.728, DE 14 DE JULHO DE 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

“Art. 8º A intermediação dos negócios nas Bôlsas de Valôres será exercida por sociedades corretoras membros da Bôlsa, cujo capital mínimo será fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º A participação societária conjunta dos administradores das sociedades corretoras não poderá ser inferior à metade do capital votante. (Redação dada pelo Del nº 2.313, de 23.12.1986)

§ 2º As sociedades referidas neste artigo sòmente poderão funcionar depois de autorizadas pelo Banco Central, e a investidura dos seus dirigentes estará sujeita às condições legais vigentes para os administradores de instituições financeiras.

§ 3º Nas condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, a sociedade corretora poderá ser membro de mais de uma Bôlsa de Valôres.

§ 4º Os administradores das sociedades corretoras não poderão exercer qualquer cargo administrativo, consultivo, fiscal ou deliberativo em outras emprêsas cujos títulos ou valôres mobiliários sejam negociados em Bôlsa.

§ 5º As sociedades referidas neste artigo, ainda que não revistam a forma anônima, são obrigadas a observar as normas de que trata o art. 20, § 1º, alíneas *a* e *b*.

§ 6º O Conselho Monetário Nacional assegurará aos atuais Corretores de Fundos Públicos a faculdade de se registrarem no Banco Central, para intermediar a negociação nas Bôlsas de Valôres, sob a forma da firma individual, observados os mesmos requisitos estabelecidos para as sociedades corretoras previstas neste artigo, e sob a condição de extinção da firma, por morte do respectivo titular, ou pela participação dêste em sociedade corretora.”

Ante todo o exposto, a sentença deve ser integralmente mantida.

CONCLUSÃO

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

É o VOTO.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL
0038515-85.2000.4.03.0000
(2000.03.00.038515-1)

Requerente: JOÃO ANTONIO
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: RvC 344
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO BASEADA EM FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS.

I - A alegação de prescrição foi afastada expressamente pelo Acórdão revidendo que esposou a tese de que o crime de estelionato contra a Previdência Social é de natureza permanente, contando-se o prazo prescricional a partir da data em que cessou a permanência.

II - Prevalece hoje no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o delito em questão é instantâneo. Todavia, à época da prolação da sentença condenatória e do Acórdão que a confirmou, a questão ainda se mostrava controvertida.

III - Em caso de mudança de entendimento dos tribunais, não se admite revisão criminal para se adequar decisão já transitada em julgado à nova orientação jurisprudencial. Precedentes.

IV - A condenação não é injusta, eis que baseada em robusto conjunto probatório.

V - A dosimetria da pena foi lançada de forma adequada à legislação pertinente. Não há qualquer ilegalidade, injustiça manifesta ou erro técnico a justificar sua alteração.

VI - Revisão criminal improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação revisional, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de revisão criminal ajuizada por João Antonio objetivando rescindir o v. Acórdão proferido em 09 de junho de 1998, que negou provimento aos recursos e manteve a sentença condenatória proferida pela 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo, a qual lhe impôs a pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 26 (vinte e seis) dias multa, no valor unitário de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo.

João Antonio foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal, em concurso material com o artigo 304 do mesmo estatuto.

Segundo a denúncia, o réu, proprietário da empresa “APOSENTEC”, obteve em nome de Romildo da Silva, aposentadoria por tempo de serviço utilizando certidão de tributos mobiliários falsa.

O acusado prestou depoimento à Polícia Federal à fl. 106.

A peça acusatória foi recebida em 21/01/1993 (fl. 133).

O acusado foi declarado revel à fl. 222 eis que, cientificado, deixou de comparecer ao interrogatório, sendo-lhe, no mesmo ato, designado defensor dativo, o qual apresentou defesa prévia à fl. 223.

As testemunhas de acusação foram ouvidas às fls. 255/256.

As alegações finais do MPF encontram-se às fls. 273/274 e as da defesa às fls. 278/279.

Sobreveio sentença às fls. 289/294 condenando o réu como incurso no artigo 171 do Código Penal, c. c. artigo 155, inciso IV, alínea “b” da Lei nº 3.807/60.

A pena foi fixada da seguinte forma:

“Nos termos do art. 59 do Código Penal, passo à dosimetria da pena. Considerando que o réu possui péssimos antecedentes, assim considerados vários inquéritos e processos distribuídos (a respeito vide HC 72.130-RJ, Relator p/ ac. Min. Mauricio Correa, j. 22.04.96, Informativo STF nº 28, de 22 a 26 de abril de 1.996), bem como considerando sua particular condição de profissional dedicado à formulação e realização de instrução de pedidos de benefício previdenciário, denotador do elevado grau de consciência da conduta, fixo a pena base privativa de liberdade acima do mínimo legal, correspondente a dois (2) anos de reclusão e pena pecuniária de (20) vinte dias-multa, incidindo sobre estas penas a causa de aumento prevista no parágrafo 3º, totalizando, em definitivo, a pena privativa de liberdade em dois (2) anos e (8) oito meses de reclusão e a pena pecuniária em vinte e seis (26) dias-multa, à razão de dois trigésimos do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato para cada dia-multa. O valor do dia-multa será atualizado monetariamente, quando da execução.”

O regime de cumprimento da pena foi fixado no semi-aberto. A pena privativa de liberdade não foi substituída por penas restritivas de direitos, bem como não foi concedida a suspensão condicional da pena.

A sentença foi publicada em Secretaria aos 11/10/1996 (fl. 295).

O MPF apelou à fl. 296 e o recurso foi recebido à fl. 307.

O sentenciado foi preso em 04/08/1997 e recolhido ao Núcleo de Custódia da Polícia Federal (fl. 320), sendo, posteriormente, removido para a Penitenciária do Estado (fl. 333).

À fl. 329, o réu manifestou o desejo de apelar contra a sentença condenatória, sendo seu apelo recebido à fl. 332. Constituiu advogado à fl. 331, o qual apresentou as razões de recurso às fls. 335/338.

As contrarrazões foram ofertadas à fl. 339.

Os autos foram remetidos a esta Egrégia Corte e o MPF, em seu parecer, opinou pelo provimento dos recursos (fls. 344/345).

A Egrégia Segunda Turma, em julgamento ocorrido aos 09 de junho de 1998, por unanimidade, afastou a tese de prescrição sob o fundamento de que o estelionato com percepção de vantagem de trato sucessivo é crime permanente, cujo prazo prescricional se regula pelo dia em que cessou a permanência e, no mérito, julgou improvidos os recursos (fls. 355, 360/363 e 366)

O Acórdão transitou em julgado aos 06/11/98 (fl. 373).

O condenado ajuizou a presente revisão criminal em 13 de julho de 2000, sustentando, em apertada síntese, que o decreto condenatório foi lastreado exclusivamente na prova testemunhal, que a pena foi fixada de forma exagerada e que deve ser declarada extinta a punibilidade em virtude da prescrição (fls. 02/22)

A Procuradoria Geral do Estado ofereceu as razões de revisão criminal às fls. 66/69, alegando: 1) a pena base foi majorada em razão dos antecedentes criminais, todavia, não foram juntadas as respectivas certidões cartorárias; 2) o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado de forma exagerada, devendo ser modificado para o aberto.

Em seu parecer, o MPF opinou pela improcedência da ação revisional.

Em 26 de abril de 2010, o Exmo. Desembargador Federal Peixoto Junior declarou seu impedimento e determinou o encaminhamento dos autos para redistribuição (fl. 154) e, aos 16 de junho de 2010, determinei expedição de ofício à Defensoria Pública da União para designar defensor ao requerente (fl. 158).

Às fls. 160/161, a Defensoria Pública da União requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal e, subsidiariamente, a redução da pena base para o mínimo legal.

A ação criminal nº 97.03.075459-7 encontra-se apensada à presente revisão.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de revisão criminal ajuizada por João Antonio objetivando desconstituir o Acórdão já transitado em julgado que negou provimento aos recursos e manteve a sentença que o condenou pelo crime de estelionato praticado contra a Previdência Social.

Em suas razões, o revisionando sustenta ter sofrido injusta condenação, a qual teria sido baseada exclusivamente no testemunho do real beneficiário da fraude. Aduz, ainda, que o magistrado teria reconhecido sua confissão, muito embora estivesse na condição de revel no processo, mas não aplicou a respectiva atenuante por ocasião da fixação da reprimenda. Defende que o crime não é permanente e que está prescrito. Por fim, caso mantida a condenação, protesta pela redução da pena, a qual, no seu entender, restou exagerada.

A Procuradoria do Estado também ofereceu, em defesa do acusado, razões de revisão criminal, sustentando que a folha de antecedentes, por não possuir fé pública, não pode servir para comprovar a existência de maus antecedentes, sendo necessária certidão cartorária, a qual não foi acostada aos autos e que o regime de cumprimento da pena deveria ser fixado no aberto, a teor do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Por sua vez, a Defensoria Pública da União ratificou integralmente os fundamentos e razões já apresentados e ainda sustentou a ocorrência da prescrição no momento da sentença de primeiro grau, eis que os fatos ocorreram em 08/07/1982 e a denúncia somente foi recebida em 21/01/1993. Subsidiariamente, pugnou a redução da pena base para o mínimo legal, ante a edição

recente da Súmula nº 444 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, cumpre apreciar a alegação de prescrição.

Analisando os autos, observei que a ocorrência da prescrição foi sustentada primeiramente pelo Ministério Público Federal em manifestação logo após a sentença (fl. 295vº) e também em razões de apelação (fls. 297/306).

Na época, sustentou a acusação que o crime não poderia ser considerado permanente, na medida em que o acusado não era o beneficiário da aposentadoria, mas sim o intermediário. Nesse caso, o delito tem como momento consumativo, a data do requerimento do benefício ou, no máximo, a data do recebimento da primeira prestação.

A defesa do acusado também apelou, sustentando a ocorrência da prescrição retroativa. E, nesse mesmo sentido, foi o parecer ministerial (fls. 344/345).

Por ocasião do julgamento dos recursos, a questão da ocorrência da prescrição foi apreciada e decidida expressa e fundamentadamente pelo Acórdão proferido pela Egrégia Segunda Turma (fls. 360/363), que entendeu ser o delito de estelionato crime permanente, regulando-se o prazo prescricional pela regra do artigo 111, III, do Código Penal, segundo o qual, nesse tipo de delito, começa a correr a prescrição no dia em que cessou a permanência.

Consigno que atualmente prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o crime em questão é instantâneo, correndo o prazo prescricional a partir da obtenção da primeira vantagem ilícita.

Entretanto, à época da prolação do Acórdão, a questão ainda se mostrava controversa nos Tribunais e a Egrégia Segunda Turma adotava posição diversa.

Dentro desse contexto, não há que se falar em reconhecimento da prescrição em sede revisional, eis que a matéria já foi apreciada pelo Acórdão de forma expressa segundo o entendimento adotado à época.

Sobre o não cabimento de revisão criminal quando há

mudança de entendimento em favor da tese defendida pelo condenado trago à colação o seguinte julgado:

“PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. MULTA DO ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. APLICABILIDADE À ÉPOCA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL. 1. Em que pese o atual entendimento de que a multa prevista no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 afronta o princípio da individualização da pena e o disposto no artigo 60 do Código Penal, o certo é que, á época do trânsito em julgado da ação penal ora objeto de revisão (8-8-2000), o dispositivo legal atacado era plenamente empregado, sendo a jurisprudência da época assente acerca da aplicabilidade da referida multa. 2. Na hipótese do artigo 621, I, do CPP, caberá revisão criminal ‘quando a sentença for contrária ao texto expresso da lei’, o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal, desautorizando o reexame da decisão transitada em julgado. 3. Ação revisional improcedente.”

(RVCR 2009.04.00.029217-8/RS - TRF4 - Quarta Seção - Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus - DE 09/04/2010 - j. 18/03/2010)

Quanto à alegação de que a condenação é injusta e baseada exclusivamente no depoimento daquele que seria o real beneficiário do estelionato, a ação revisional também não merece acolhida.

De fato. A sentença condenatória levou em consideração, além da documentação acostada aos autos, o depoimento das testemunhas e também as declarações do próprio acusado durante o inquérito policial.

Note-se que em seu depoimento, o sentenciado assumiu que “arrumava” endereço falso em outra cidade para dar entrada nos pedidos de benefício, mas imputou a um terceiro - Vicente

Valdão de Freitas - a responsabilidade pela falsidade da certidão de tributos mobiliários apresentada no requerimento do benefício de Romildo da Silva.

Cumpra transcrever excerto do decreto condenatório sobre a prova da autoria:

“O beneficiário da aposentadoria questionada, ROMILDO DA SILVA, disse que entregou todos os seus documentos no escritório da APOSENTEC, tratando direto com o proprietário do referido escritório, JOÃO ANTONIO; que nunca residiu em Juquiá; que foi o réu quem decidiu entrar com o pedido naquela cidade, alegando que ali seria mais fácil (fl. 91); que no período de 17.01.56 a 18.11.66 trabalhou como autônomo, porém não recolhia para a Previdência Social, sendo que quando entregou seus documentos na APOSENTEC o réu disse que iria legalizar aquele tempo não recolhido; que o réu disse que iria proceder o recolhimento no INPS daquele período em que trabalhou como autônomo (fl. 131).

Em Juízo, Romildo da Silva não retificou sua versão. Afirmou, com efeito, que forneceu enormes quantias de dinheiro ao réu João Antonio, ‘para que ele agisse da forma descrita na denúncia sem que, todavia, o declarante tivesse qualquer conhecimento de que a forma de proceder dele fosse ilícita, inclusive no tocante à obtenção e uso da certidão falsa descrita a fls. 02’. Acrescentou que ‘nunca recebeu de volta o numerário que entregou ao réu para que ele agisse como despachante, tratando dos interesses legais do declarante’ (fl. 255).

A testemunha ANITA CANATO DA SILVA (fl. 256) disse saber que os fatos se deram da forma descrita na denúncia, tendo Romildo fornecido várias vezes altas somas em dinheiro para o réu, na expectativa de que ele providenciasse a tramitação de sua aposentadoria, sendo que assim ele não agiu, ‘ocasionando os fatos descritos na denúncia’ (fl. 256).

Os elementos de prova são convergentes e indicam que o réu utilizou-se de documento falso, tendo conhecimento desta circunstância, para obter vantagem ilícita em proveito de terceiro, Romildo da Silva, induzindo a Previdência Social a erro, que concedeu o benefício previdenciário diante de tal documento falso que indicava a existência de tempo de serviço que, somado a outros computados, autorizava a aferição do benefício. Com isso, causou-se prejuízo à Previdência Social (fls. 79/81).

Não há como o réu se furtar à responsabilidade criminal, pois como pessoa habituada no trato de documentos e formulação de pedidos de benefícios junto à Previdência Social, atividade a que se dedicava seu escritório, com a denominação APOSENTEC, não justifica a imputação que fez a terceira pessoa. Além do que não trouxe a defesa qualquer prova no sentido de que a apontada terceira pessoa tivesse trabalhado algum dia para o réu. Por outro lado, Romildo da Silva, disse que o réu foi quem se prontificou a regularizar o tempo de serviço relativo ao período em que não se recolheu contribuições para a Previdência Social, o que corresponde exatamente ao tempo de serviço objeto da certidão falsa. Por fim, arditosamente, o réu procurou encaminhar o pedido de benefício em cidade diversa do domicílio do segurado, fornecendo endereço falso, o que demonstra sua predisposição em fraudar a Previdência Social. Desta forma, não há como negar desconhecimento quanto à utilização de documento falso.”

Diante dos dados constantes do processo, não pairam dúvidas a respeito da autoria do delito na pessoa do condenado. A condenação não foi injusta, tampouco equivocada ou proferida contra a evidência dos autos.

Dessa feita, o decreto condenatório foi proferido de forma coerente com as provas coligidas nos autos.

Antes de iniciar a revisão da reprimenda aplica ao revisor, cumpre transcrever o escólio do professor Guilherme de

Souza Nucci em seu “Código de Processo Penal Comentado”, 8ª edição, pág. 991 sobre o ajuizamento da revisão criminal para fins de redução de pena: *“entendemos ser prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei (ex.: reconhece a reincidência, aumentando a pena, para quem não se encaixa na figura prevista no art. 63 do Código Penal) ou a evidência dos autos (e.: reconhece péssima conduta social, aumentando a pena-base, fundado em presunções, não comprovadas pela prova colhida). Entretanto, simplesmente alterar o quantum da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitada em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada.* Nessa ótica: TJSP: ‘Constitui prática desaconselhável em revisão criminal proceder-se á mudança quantitativa da pena imposta, salvante os casos excepcionais de explícita injustiça, ou de comprovado erro ou inobservância de técnica no processo dosimétrico’ (Revisão Criminal 265.269-3, Monte Alto, 2º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gonçalves Nogueira, 08.06.2000, v. u. JUBI 52/00).” grifei

No caso, a sentença condenatória fixou a pena base acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 26 (vinte e seis) dias multa, em razão dos antecedentes criminais do acusado, assim considerados vários inquéritos policiais e processos distribuídos. Outrossim, o Juízo considerou ter o réu elevado grau de consciência da conduta ilícita, tendo em vista a particular condição de profissional dedicada à formação e realização de instrução de pedidos de benefício previdenciário.

A defesa alega que a pena é exagerada, que não foi reconhecida a atenuante da confissão, que para o agravamento da pena em razão dos antecedentes criminais são necessárias certidões cartorárias, as quais não foram acostadas aos autos e que a pena base deve ser reduzida para o mínimo legal, haja vista a recente

Súmula nº 444 do Egrégio STJ.

Primeiramente, cumpre lembrar que o decreto condenatório foi proferido em outubro de 1996.

Naquela época, não havia a Súmula nº 444 do Egrégio STJ que dispõe que ações penais em curso e inquéritos policiais em andamento não autorizam o agravamento da pena.

É preciso deixar claro que as hipóteses autorizadoras da revisão criminal são taxativas, sendo cabível o reexame do julgado quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal, à evidência dos autos, ou se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, bem como nos casos em que, após a sentença, surgirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena (art. 621 do CPP).

No caso, nenhuma dessas hipóteses está presente, não podendo a revisão criminal, como é cediço, ser utilizada como segunda apelação. O fato de, posteriormente à condenação do revisionando, firmar-se entendimento ou editar-se súmula que o beneficie, não autoriza o reexame da decisão passada em julgado.

Ressalto que a reprimenda imposta ao réu, muito embora não ter sido objeto do recurso, foi, ainda que de forma concisa, apreciada pelo Acórdão que decidiu por mantê-la, eis que proferida em conformidade aos ditames do artigo 68 do Código Penal.

Dentro desse contexto, não vejo ilegalidade na fixação da pena acima do mínimo legal na medida em que, à época, a consideração das anotações na folha de antecedentes, ainda que não representassem condenação com trânsito em julgado, autorizavam a exasperação da pena.

Quanto a esse aspecto, impende dizer também que, contrariamente ao que sustenta a Procuradoria do Estado, a majoração da pena por conta dos antecedentes prescinde certidão cartorária, bastando, para tanto, a folha de antecedentes criminais.

No que toca à alegada confissão do acusado, observo que, contrariamente ao que alega a defesa, o decreto condenatório não a reconheceu.

Com efeito, a sentença consignou que o réu tratou da

documentação para a aposentadoria de Romildo Silva, mas que tentou imputar a responsabilidade pelo crime a terceira pessoa - Vicente Valadão Freitas, já falecido. Confira-se a sentença no ponto em que apreciou a questão: “(...) O réu, quando interrogado na fase policial, confessou que tratou da documentação para a aposentadoria de Romildo Silva, procedendo ao respectivo encaminhamento, utilizando endereço falso na cidade de Juquiá - SP. Disse que costumava cobrar dos beneficiários ‘os primeiros dois a três salários recebidos’ (fl. 106). (...) Não há como o réu se furtar a responsabilidade criminal, pois como pessoa habituada no trato de documentos e formulação de pedidos de benefícios junto à Previdência Social, atividade a que se dedicava seu escritório, com a denominação APOSENTEC, não justifica a imputação que fez a terceira pessoa. Além do que não trouxe a defesa qualquer prova no sentido de que a apontada terceira pessoa tivesse trabalhado algum dia para o réu. (...)”

Assim, pelo que se observa, não houve reconhecimento da confissão, razão pela qual não há que se falar em aplicação da respectiva atenuante. Ressalto que a prova testemunhal foi firme e contundente para a condenação e a decisão rescindenda é expressa no sentido de que o acusado procurou atribuir a responsabilidade a terceiro, ato incompatível com a confissão.

Quanto ao regime prisional, saliento que a personalidade voltada à prática delitiva serviu de fundamento para a fixação do regime semi aberto na sentença monocrática a qual, também nesse ponto, foi mantida pelo Acórdão.

Por conseguinte, não havendo qualquer ilegalidade na fixação da pena e do regime prisional, tampouco erro técnico ou injustiça no Julgado, a improcedência do pedido revisional é de rigor.

Ante o exposto, julgo improcedente a revisão criminal.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

REVISÃO CRIMINAL
0048492-57.2007.4.03.0000
(2007.03.00.048492-5)

Requerente: MARCOS APARECIDO FERREIRA DA SILVA (réu preso)
Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Revisor e Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Classe do Processo: RvC 572

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA E DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO ACOLHIDO EM PARTE.

1. Quando a pena é fixada de acordo com as normas legais e de forma fundamentada, a revisão criminal não se presta à reavaliação do critério utilizado pelo magistrado na análise e no sopeso das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.
2. Compete ao Juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (Lei nº 7.210/1984).
3. O afastamento da vedação à progressão de regime prisional não surgiu, no cenário jurídico nacional, em razão do advento da Lei nº 11.464/2007 - que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 -, mas da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade do texto legal originário, por violação ao princípio da individualização da pena.
4. Assim, o pedido de afastamento da vedação à progressão de regime não se subordina à regra de competência estabelecida pelo artigo 66, inciso I, da Lei nº 7.210/1984, podendo ser apreciado em sede de revisão criminal, pelo tribunal.
5. Pedido revisional acolhido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, JULGAR PROCEDENTE EM PARTE o pedido para afastar da sentença a vedação à progressão de regime prisional, nos termos do voto do Desembargador Federal Nelton dos Santos (Revisor), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de março de 2010.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de revisão criminal requerida por MARCOS APARECIDO FERREIRA DA SILVA, preso, condenado à pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e a 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito tipificado no artigo 12, *caput*, c. c. o artigo 18, I, da Lei nº 6.368/76, fixado o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

O pedido foi redigido de próprio punho e veio desacompanhado de qualquer prova.

Foram, então, realizadas diligências no sentido de identificar os autos originários e, após, foi expedido ofício, solicitando cópias de suas principais peças, bem como da certidão de trânsito em julgado da decisão penal condenatória cuja revisão se pretendia.

Juntados os documentos (fls. 18/137), a Defensoria Pública da União foi instada a promover a defesa técnica do requerente, o que fez, às fls. 153/168, fundamentando o pedido na norma prevista no artigo 621, I, do Código de Processo Penal.

Defende a admissibilidade do pedido de revisão criminal, como instrumento hábil à correção de falhas e incongruências nos fundamentos da decisão revidenda e pugna, em suma:

a) pela redução da pena-base ao mínimo legal, afirmando que o requerente goza de bons antecedentes, boa conduta, culpabilidade reduzida e boa personalidade, merecendo, assim, sanção mínima, haja vista que a grande maioria das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 favorece a fixação da pena-base em seu mínimo legal.

b) pelo não reconhecimento da causa de aumento relativa à transnacionalidade, afirmando que o requerente desconhecia a procedência do entorpecente, devendo o aumento da pena, assim, ser excluído.

c) pela inadequada aplicação da causa do aumento de pena pela metade, em razão da internacionalidade, haja vista que o inciso I, do artigo 18 da Lei 6.368/76 prevê o aumento de 1/3 a 2/3, observando que, no caso, não há prova de que o entorpecente provinha do exterior, não podendo incidir, assim, a causa de aumento em questão.

d) pede o afastamento da determinação de cumprimento da pena em regime integralmente fechado, sob o argumento de que tal determinação atenta contra o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

e) pela aplicação da Lei nº 11.343/2006, mais benéfica, que em seu artigo 33, § 4º, prevê a redução da pena de um sexto a dois terços, na hipótese de réu primário, com bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e que não seja membro de organização criminosa.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo improvimento do pedido de revisão.

A certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória se encontra à fl. 134.

Submetido o feito à revisão na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Observo, inicialmente, que a apelação interposta pelo Ministério Público Federal nos autos da ação originária deste pedido de revisão criminal não obsta o exercício desse direito na medida em que seu objetivo é o decreto de perdimento de bens de propriedade de Antônio Biara Leite, co-réu na referida ação penal.

Conheço, pois, do pedido haja vista o trânsito em julgamento da sentença penal condenatória, que julgou o requerente culpado e fixou-lhe a sanção corporal.

O pedido de revisão criminal vem embasado no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Art. 621 - A revisão dos processos findos será admitida:
I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos.”

O ato, cuja revisão se pretende, julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou o requerente, Marcos Aparecido Ferreira da Silva, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, c. c. o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76 c. c. a Portaria nº 344/98 e posteriores atualizações, à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, além da pena pecuniária de 120 (cento e vinte) dias-multa à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, decisão que transitou em julgado em 25 de janeiro de 2007, conforme certidão trasladada à fl. 134, achando-se os autos nesta Corte Regional em razão do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, que reivindica a aplicação da pena de perdimento de 29 hectares e 4.000 m² do imóvel rural denominado “Fazenda Bonfim”, localizado no Município de Coxim/MS, de propriedade do co-réu Antônio Biara Leite, e do veículo marca Yamaha/Fazer YS 250, ano 2006, sob o argumento de que tais bens foram utilizados na prática do crime de tráfico internacional de cocaína.

A pretensão do requerente, na verdade, não é obter a sua absolvição, mas a revisão da pena privativa da liberdade que lhe foi imposta, com a redução da pena-base ao mínimo legal a partir de uma nova análise e valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, reivindicando, ainda, a supressão do aumento em razão da internacionalidade do delito, que afirma não estar configurado, ou, então, que esse aumento seja ajustado aos parâmetros indicados no dispositivo legal (art. 18, I, Lei 6.368/73), ou seja, se restrinja ao patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Pretende, ainda, que seja revisto o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena e que seja aplicada a Lei nº 11.343/2006, mais benéfica, de modo a afastar o integralmente fechado.

Sabe-se que a revisão criminal é ação autônoma no âmbito da qual o requerente se volta contra a sentença ou acórdão condenatória, sendo, por isso, admitida apenas nas hipóteses exaustivas previstas no artigo 621, do Código de Processo Penal, de cognição restrita, não se revestindo da mesma amplitude da apelação, que devolve à reapreciação do Tribunal toda a matéria de fato e de direito para reapreciação.

Desta forma, quando a pena-base é fixada de acordo com as normas legais e de forma fundamentada, a revisão criminal não se presta à reavaliação do critério subjetivo utilizado pelo magistrado na análise e sopesamento das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

No mesmo sentido, pontifica GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “Revisão Criminal para alterar a pena fixada: entendemos ser prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei penal (...) ou a evidência dos autos (...). Entretanto, simplesmente alterar o *quantum* da pena, porque considerou exagerada, segundo entendimento particular e objetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitada em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa

julgada” (in “Código de Processo Penal Comentado”, 3ª Ed., RT, pgs. 926/927).

Ainda sobre o tema, transcrevo precedente da 1ª Seção desta E. Corte:

“REVISÃO CRIMINAL - PENAL - PROCESSUAL PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - EM RAZÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO COMETIDO CONTRA AGÊNCIA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, EM CONCURSO DE AGENTES E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO - REVISÃO PROPOSTA COM FULCRO NO INCISO ‘I’ DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ALEGADA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS E AO TEXTO EXPRESSO DE LEI - DESCABIMENTO DO PRETENDIDO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS - CONDENAÇÃO SEGURA, QUE SE SUSTENTA NA PROVA DOS AUTOS, CONFISSÃO POLICIAL ROBUSTECIDA PELOS TESTEMUNHOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL - ADEQUADA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA - PROPORCIONALIDADE - RÉU QUE SE MOSTRA PESSOA VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES VIOLENTOS CONTRA O PATRIMÔNIO, CONFESSADAMENTE JÁ CONDENADO A SETENTA E NOVE ANOS DE PRISÃO - APLICAÇÃO DA PENA CORRETAMENTE EFETUADA - INOCORRÊNCIA NO CASO DE QUAISQUER DOS MOTIVOS LEGAIS QUE JUSTIFICARIAM A REVISÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - REVISIONAL IMPROCEDENTE.

1. Descabe a pretensão do requerente em ver-se absolvido por haverem os juízos condenatórios em 1º e 2º graus se apartado da prova dos autos, na medida em que a ampla confissão prestada pelo réu na Polícia foi robustecida por testemunhos que, com segurança, o apontaram como um dos membros do grupo criminoso que, usando armas de fogo, rendeu vigia e funcionários de agência dos Correios,

apoderando-se de dinheiro que se encontrava nos caixas e no cofre, evadindo-se na seqüência.

(...)

7. Mantém-se intacta a reprimenda fixada ao cabo do método trifásico, com segura fundamentação sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal consideradas na 1ª fase e correto reconhecimento de qualificadoras; ademais, a alteração da reprimenda em sede de Revisão só se justifica se, como diz a lei, foi praticada contra o ‘texto expresso da lei’. Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o fim de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal que seja diverso do juízo subjetivo manifestado pelo Magistrado que fixou a pena confirmada em julgamento de apelação.

(...)

10. Revisão Criminal julgada improcedente”

(RVCR nº 475 - Rel. Desembargador Federal Johanson Di Salvo - DJU 22.09.05, p. 175)

Da leitura da sentença de fls. 47/120 constata-se que a pena foi fixada corretamente e com motivação suficiente.

Confira-se:

“Diante da explanação, passo à dosimetria da pena do co-réu Marcos Aparecido Ferreira da Silva, a teor do art. 59, *caput*, do Código Penal:

q) Culpabilidade: traduz-se a conduta do co-réu Marcos Aparecido Ferreira da Silva em reprovação social, em face do ilícito perpetrado;

r) Antecedentes: são desabonadores, de acordo com as certidões estaduais e federais acostadas às fls. 105/106 e 329, tendo em vista que consta Inquérito Policial instaurado, pela DEFURV de Campo Grande/MS, para a apuração de infrações penais (CP arts. 180 e 288);

s) Conduta social: nada de desabonador apurou-se;

- t) Personalidade do agente: mostra-se desabonadora, pois demonstra má índole na maneira de agir e reagir às dificuldades que a vida lhe reservou;
- u) Motivos determinantes: merece uma maior reprovação a conduta do co-réu Marcos Aparecido Ferreira da Silva, pois os motivos são anti-sociais, com o tráfico internacional de entorpecentes, demonstrando uma cobiça na busca de dinheiro de forma fácil (mas, não a considerarei na dosimetria, em face de ser causa de aumento na lei extravagante);
- v) Circunstâncias objetivas: observo que o delito de tráfico ilícito perpetrou-se em zona rural, no Pantanal Sul Mato-grossense, na sede da Fazenda Bonfim, de modo oculo e participativo, do co-réu Marcos Aparecido Ferreira da Silva, quer enterrando os pacotes diversos, envoltos em sacos plásticos e fita adesiva, quer efetuando, em um fundo falso, o transporte da substância no veículo Toyota, de forma a dificultar a descoberta e apreensão pela Polícia Federal, com peso líquido de 301,100 kg (trezentos e um quilogramas e cem gramas), positivo para cocaína;
- w) Conseqüências: os possíveis estragos que as drogas causam à sociedade são irreparáveis, e a conduta do co-réu Marcos Aparecido Ferreira da Silva com isso estava a contribuir;
- x) Comportamento da vítima: aqui não se pode imputar o comportamento da vítima nessa forma delitativa, uma vez que vítima é toda a sociedade, a qual a lei extravagante, por si só, presume em perigo.”

Observa-se do texto acima transcrito que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram analisadas, sendo certo que a majoração da pena-base decorreu do motivo do crime e notadamente da vultosa quantidade de entorpecente apreendida em poder do requerente (301,100 kg de COCAÍNA), o que efetivamente traz conseqüências funestas para toda a sociedade e atinge com mais veemência o bem jurídico tutelado (saúde pública),

restando justificada a exasperação da sanção penal levada a cabo pela sentença revidenda.

Observo, por outro lado, que mesmo antes da vigência da Lei nº 11.343/06, que traz norma expressa no sentido de que a natureza e quantidade do entorpecente serão circunstâncias preponderantes para a fixação da pena-base (art. 42), o E. Superior Tribunal de Justiça já entendia que a quantidade significativa de entorpecentes já era suficiente para a majoração da reprimenda penal: “A grande quantidade de droga apreendida pode e deve ser utilizada na dosimetria da pena” (*HC 10.165 – 5ª T - Rel. Min. Felix Fischer - DJU 14.02.00, p. 53*). E ainda: “Tratando-se de tráfico de entorpecentes, na avaliação das circunstâncias legais para a fixação da pena, devem influir decisivamente a espécie e quantidade de droga, pois trata-se de informações que demonstram o estágio de nocividade da substância para a saúde pública, e o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, revelando a personalidade perigosa voltada à prática criminosa” (*STJ - HC 9.743/SP - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - RT 775/559*).

Assim, a par da primariedade ostentada pelo requerente, informada na decisão revidenda, era possível, considerando as conseqüências e motivos do crime, o recrudescimento da pena-base na primeira fase da dosimetria da sanção penal, dentro de um juízo discricionário motivado, sem que se vislumbre qualquer violação expressa a qualquer dispositivo legal, a alicerçar o pedido revisional.

No que diz respeito ao aumento da pena, nos termos previstos no artigo 18, I, da Lei 6.368/76, observo que a sentença penal condenatória admitiu a incidência dessa causa de aumento, tomando em consideração a confissão do próprio requerente, que afirmou ter ouvido uma conversa entre Egildo de Souza e Antônio Biara, co-réus na ação penal, a respeito do carregamento da droga que pertencia a bolivianos e que teria sido lançada na fazenda por um avião.

Além disso, conforme ressaltou o Ministério Público Federal em seu parecer, “A localização da fazenda onde a droga foi

apreendida (a fazenda de encontra na rota do tráfico, próximo à fronteira com a Bolívia), bem como a quantidade de entorpecente encontrada (ao todo foram 300 kg), demonstram que a droga acabara de sair de seu local de produção e estava sendo encaminhada para sua distribuição, o que denota seu caráter internacional”.

Outros aspectos relevantes foram observados pelo Magistrado para definir a origem do entorpecente apreendido, tais como marcas e forma de embalagem.

Confira-se (fls. 66/67):

“... a carroceria da camionete Toyota estava vazia com serragem, e sobre a serragem aparentava ser madeira nova no assoalho, foi quando resolveram abrir o assoalho e lá foram encontrados vários tabletes contendo a droga, os quais estavam envoltos em saco de bexiga de festa; ... fora a bexiga ela estava envolta em fita bege prensada; ... Observaram em outros pacotes de drogas com marcas ‘A, B, C’, que normalmente são utilizados na Bolívia para indicar os compradores; as referidas marcas são oriundas da Bolívia, uma vez que em outras apreensões no Município de Corumbá-MS ou mesmo de bolivianos sempre estão presentes as marcas; a cocaína oriunda da Colômbia normalmente está envolta em sacos pretos enquanto a da Bolívia em fitas crepes bege...”.

Conquanto extraídos dos testemunhos prestados pelos policiais encarregados da diligência, tais elementos de prova, somados ao relato do próprio requerente quando interrogado, autorizam a conclusão no sentido de que o entorpecente veio do exterior e autorizam, conseqüentemente, a majoração da pena pela incidência da causa de aumento prevista no artigo 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Vale observar, por outro lado, que a consumação do tráfico internacional não exige que o agente ultrapasse as fronteiras, bastando a origem internacional da substância entorpecente, que, no caso, foi comprovado pela prova colhida no decorrer da instrução criminal.

Não há, portanto, qualquer contrariedade ao texto da lei ou à evidência dos autos, para que a questão se adeqüe à norma processual prevista no artigo 621, I, do Código de Processo Penal.

No que pertine ao *quantum* aplicado a título de majoração pela internacionalidade, a dosimetria não extrapola os limites previstos na lei, que se situa entre 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços).

Aumentada de metade da pena-base fixada, houve observância dos parâmetros previstos em lei, não havendo espaço para revisão dessa majorante nesta sede.

Quanto à revisão do regime de cumprimento da pena de modo a permitir a progressão, do mesmo modo esta ação a isso não se presta.

É que o regime integralmente fechado foi fixado na vigência do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, sem a nova redação introduzida pela Lei nº 11.464/07, que entrou em vigor em 28 de março de 2007, após, portanto, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se deu em 25 de janeiro de 2007.

A possibilidade de alteração, portanto, deverá ser avaliada pelo Juízo da Execução, nos exatos termos do que dispõe o artigo 66, da Lei de Execuções Penais, “*verbis*”:

“Art. 66 - Compete ao juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

Igual pensamento foi sumulado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“Súmula 611 - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna”.

Quanto à retroatividade da Lei 11.343/06, que o requerente entende ser mais benéfica, a questão é extremamente controversa nos meios jurídicos, uma vez que possui diversos dispositivos desfavoráveis ao réu, entre eles a pena de multa que,

mesmo se aplicada no mínimo legal, e que incida a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, do referido dispositivo legal, no patamar mais favorável ao réu, a pena resultante ainda seria superior à prevista pela Lei 6.368/76.

Outrossim, o novo diploma legal, em seu artigo 44, proíbe expressamente a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, o que representa um tratamento mais severo aos condenados pelos crimes descritos no artigo 33 (caso dos autos), *caput* e § 1º, 34 a 37, da Lei 11.343/06.

Todavia, entendo que tais fatores seriam secundários se a lei nova viesse a propiciar a aplicação de pena corporal ao réu de forma menos gravosa.

É preciso realçar, ainda, que não se pode optar pela combinação dos dispositivos mais benéficos ao réu previstos nas duas leis, porque haveria a criação, pelo julgador, de uma terceira norma, que inexistente no mundo jurídico e não foi cogitada pelo legislador, a quem incumbe a função legislativa. Tal interpretação já foi afastada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Ementa *HABEAS-CORPUS*. ‘Lex mitior’. Execução de sentença. Livramento condicional. Combinação de normas que se conflitam no tempo. Princípio da isonomia. O princípio da retroatividade da ‘lex mitior’, que alberga o princípio da irretroatividade de lei mais grave, aplica-se ao processo de execução penal e, por conseqüência, ao livramento condicional, art. 5º, XL, da Constituição Federal e § único do art. 2º do Código Penal (Lei nº 7.209/84). Os princípios da ultra e da retroatividade da ‘lex mitior’ não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia. *Habeas-corpus* indeferido.”

(*HC 68416/DF - Relator Min. PAULO BROSSARD - Julgamento: 08/09/1992 - Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação - DJ 30-10-1992 PP-19515 EMENT-01682-02 PP-00288 RTJ VOL-00142-02 PP-00564*)

Em outra decisão da Suprema Corte, trouxe o Eminentíssimo Ministro Carlos Britto, ensinamento de Von Liszt nesse mesmo sentido, cujo teor a seguir transcrevo:

“(…)

Cuando el Código Penal dice Ley más favorable, se refiere a una Ley en su totalidad. Es evidente que la solución persigue aplicar una sola ley; decidida cual es la más favorable, ella deberá aplicarse en todas sus disposiciones; es absolutamente inadmisibile resolverse por la aplicación simultánea de dos disposiciones parciales de una y otra ley’ (f. Von Liszt, T. II, Diritto Penale. Parte General).” (*apud EXTRADIÇÃO 925-7 REPÚBLICA DO PARAGUAI - RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO - 10/08/2005 - TRIBUNAL PLENO - DJ 09-12-2005 PP-00006 - EMENT VOL-02217-01 PP-00021*)

Conclui-se, pois, que a Lei 11.343/06 não poderá retroagir tão somente que diz respeito aos dispositivos mais benéficos ao réu, para alcançar fatos cometidos em data anterior à sua plena vigência, ou seja, sob a égide da Lei 6368/76.

E no caso destes autos, observo que a Lei nº 6.863/76 se apresenta mais favorável, na medida em que a pena-base nela prevista é inferior.

Como sustentou o Ministério Público em seu parecer de fls. 174/182: “Em relação ao pleito da Defesa para aplicar a lei nº 11.343/06 que entrou em vigor em 07 de outubro de 2006 em razão de ser mais benéfica, verifica-se que, apesar de prever a redução de 1/6 a 2/3 nos casos em que o agente é primário, de bons antecedentes e não integra organização criminosa (art. 33, § 4º), o preceito secundário é mais gravoso, uma vez que elevou a cominação mínima prevista na lei nº 6.368/76 de 3 (três) para 5 (cinco) anos, o que, conseqüentemente, implicaria numa fixação da pena-base proporcionalmente maior que a fixada na sentença condenatória. No caso em tela, o Juiz ao sentenciar aplicou a lei nº 6.368/76 justamente por ser, nas circunstâncias do caso concreto,

mais benéfica ao réu, pois caso aplicasse a nova lei de drogas a sanção imposta seria mais gravosa, já que a pena-base seria mais elevada” (fls. 181/182).

Observo, por fim, que a revisão criminal não oferece espaço a que se altere a decisão transitada em julgado, com a aplicação de lei mais benéfica, vez que, como já afirmado, o tema não integra o rol do artigo 621, do Código de Processo Penal.

Destarte, sob qualquer dos aspectos abordados pela defesa e agora analisados não emerge o direito à modificação da sentença penal condenatória, transitada em julgado.

Diante do exposto, julgo improcedente esta ação.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS: Procedo à presente declaração de voto apenas para deixar registradas nos autos as razões que me levaram a divergir, em mínima parte, do voto da e. relatora, Desembargadora Federal Ramza Tartuce.

Minha discordância situa-se precisamente no ponto pertinente à progressão de regime prisional.

Entendeu a e. relatora que o pedido revisional não merece prosperar porque “o regime integralmente fechado foi fixado na vigência do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, sem a nova redação introduzida pela Lei nº 11.464/07, que entrou em vigor em 28 de março de 2007, após, portanto, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se deu em 25 de janeiro de 2007” (f. 214-verso).

Prosseguindo, Sua Excelência sustentou que, sendo assim, “a possibilidade de alteração (...) deverá ser avaliada pelo Juízo da Execução, nos exatos termos do que dispõe o artigo 66, da Lei de Execuções Penais” (f. 214-verso).

Ouso divergir, nesse passo, por entender que, para o autor do pedido revisional, o direito à progressão de regime não deriva da alteração legislativa apontada, mas da declaração, pelo

Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade da lei anterior.

Com efeito, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, em sua redação originária, estabelecia que a pena haveria de ser cumprida integralmente em regime fechado.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional - por ofensa ao princípio da individualização da pena - a vedação à progressão de regime, explicitando, outrossim, que a declaração não geraria conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento (STF, Pleno, HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/2/2006, DJ 1º/9/2006, p. 18, RTJ 200-2, p. 795).

No caso presente, a pena do ora requerente não estava extinta, de sorte que sua situação resta alcançada pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, não se tratando de direito decorrente de lei nova - situação que, efetivamente, haveria de ser analisada pelo juízo da execução penal -, mas de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença, é perfeitamente viável e, mais do que isso, procedente, no particular, o pedido revisional.

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE EM PARTE* o pedido para afastar da sentença a vedação à progressão de regime prisional, sem prejuízo do exame, pelo juízo da execução, da satisfação, em concreto, dos requisitos necessários ao deferimento do aludido benefício.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO^(*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

^(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

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 (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação 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).

SIGLAS

AASP	Associação dos Advogados de São Paulo
ABDF	Associação Brasileira de Direito Financeiro
ABECIP	Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança
ABIA	Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação
ABIN	Agência Brasileira de Inteligência
ABINEE	Associação Brasileira da Indústria Eletro-Eletrônica
ABLE	Associação Brasileira de Loterias Estaduais
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ABPI	Associação Brasileira de Propriedade Industrial
ABRANET	Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet
ABTA	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
AC	Apelação Cível
ACO	Ação Cível Originária
ACr	Apelação Criminal
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCOAS	Advogados Consultores Associados
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIR	Adicional ao Imposto de Renda
Adm	Direito Administrativo
ADN	Ácido Desoxirribonucléico
ADPESP	Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
ADSL	“Asymmetric Digital Subscriber Line”
AESB	Arquivo de Entidades Sindicais Brasileiras
AFAC	Adiantamento para Futuro Aumento de Capital
AFRMM	Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante
AFTN	Auditor Fiscal do Tesouro Nacional
Ag	Agravo
Ag	Agravo de Instrumento
AgExp	Agravo em Execução Penal
AGF	Aquisição do Governo Federal
AgPt	Agravo em Petição Trabalhista
AgR	Agravo Regimental
AgRg	Agravo Regimental
AGU	Advocacia-Geral da União
AHD	Apelação em “Habeas Data”
AI	Agravo de Instrumento
AIDF	Autorização para Impressão de Documento Fiscal

AIDS	“Acquired Imunodeficiencie Syndrome” (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida)
AIE	Anemia Infecciosa Eqüina
AITP	Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso
AJG	Assistência Judiciária Gratuita
AJUFE	Associação dos Juízes Federais do Brasil
AJUFESP	Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul
AJURIS	Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
ALALC	Associação Latino-Americana de Livre Comércio
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
ALECSO	Organização Árabe para a Educação, a Cultura e a Ciência
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
AMPERJ	Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANDHEP	Associação Nacional de Direitos Humanos
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APAC	Associação de Assistência e Proteção aos Condenados
APCEF	Associação de Pessoal da Caixa Econômica Federal
ApelReex	Apelação/Reexame Necessário
APEX	Agência de Promoção de Exportações
APIP	Ausência Permitida para Tratar de Interesse Particular
APn	Ação Penal
APS	Agência da Previdência Social
AR	Ação Rescisória
ArI	Arguição de Inconstitucionalidade
ARN	Ácido Ribonucléico
ART	Anotação de Responsabilidade Técnica
ATM	Apólice do Tesouro Municipal
ATN	Apólice do Tesouro Nacional
ATP	Adicional de Tarifa Portuária

BACEN	Banco Central do Brasil
BANESPA	Banco do Estado de São Paulo
BCE	Banco Central Europeu
BEFIEIX	Benefícios Fiscais à Exportação
BGB	“Bürgerliches Gesetzbuch” (Código Civil Alemão)
BGU	Balanço Geral da União
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BJA	Boletim de Jurisprudência ADCOAS
BMJTACRIMSP	Boletim Mensal de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
BOVESPA	Bolsa de Valores de São Paulo
BTN	Bônus do Tesouro Nacional
BTNC	Bônus do Tesouro Nacional Cambial
BTNF	Bônus do Tesouro Nacional Fiscal
CAASP	Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo
CABESP	Caixa Beneficente dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo
CACEX	Carteira de Comércio Exterior (do Banco do Brasil)
CAD	Cobrança Administrativa Domiciliar
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos Não-Quitados do Setor Público Federal
CAL	Comunicado de Arremate em Leilão
CAM	Certificado de Alistamento Militar
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CAP	Conselho de Autoridade Portuária
CAT	Certidão de Acervo Técnico
CAT	Comunicação de Acidente de Trabalho
CATI	Coordenadoria de Assistência Técnica Integral (da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo)
CauInom	Cautelar Inominada
CBEE	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial
CBT	Código Brasileiro de Telecomunicações
CBT	Código Brasileiro de Trânsito
CBTU	Companhia Brasileira de Trens Urbanos
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCAB	Comitê do “Codex Alimentarius” do Brasil

CCo	Código Comercial
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CDB	Certificado de Depósito Bancário
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDFMM	Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante
CDI	Certificado de Depósito Interbancário
CE	Comunidade Européia
CEASA	Central de Abastecimento
CEBRAE	Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa
CECA	Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Européia
CEETPS	Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
CEF	Caixa Econômica Federal
CEFET-SP	Centro Federal de Educação Tecnológica de São Paulo
CEIPN	Coordenadoria das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais
CENACON	Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor
CES	Câmara de Educação Superior
CESE	Comitê Econômico e Social Europeu
CESP	Companhia Energética de São Paulo
CET	Companhia de Engenharia de Tráfego
CETESB	Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental
CETIP	Sistema de Registro e de Liquidação Financeira de Títulos
CF	Constituição Federal
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFMV	Conselho Federal de Medicina Veterinária
CFN	Conselho Federal de Nutricionistas
CGC	Cadastro Geral de Contribuintes
CGJF	Corregedoria-Geral da Justiça Federal
CIC	Cartão de Identificação de Contribuinte
CID	Código Internacional de Doenças
CIDA	Certidão de Inscrição na Dívida Ativa
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CIDIPS	Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado
CIERGS	Centro das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul
CIF	“Cost, Insurance, Freight” (Custo, Seguro e Frete)

CIP	Conselho Interministerial de Preços
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CIRDI	Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos
CIRETRAN	Circunscrição Regional de Trânsito
CIS	Certificado de Inspeção Sanitária
CJ	Conflito de Jurisdição
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLPS	Consolidação das Leis da Previdência Social
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CMC	Conselho do Mercado Comum
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNA	Confederação Nacional da Agricultura
CNAE	Código Nacional de Atividades Econômicas
CNAS	Conselho Nacional de Assistência Social
CNC	Confederação Nacional do Comércio
CND	Certidão Negativa de Débito
CNE	Conselho Nacional de Educação
CNEN	Comissão Nacional de Energia Nuclear
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNIS	Cadastro Nacional de Informações Sociais
CNP	Conselho Nacional do Petróleo
CNPC	Conselho Nacional de Política Cafeeira
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CNPS	Conselho Nacional da Previdência Social
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CNSS	Conselho Nacional da Seguridade Social
CNT	Código Nacional de Trânsito
Co	Direito Comercial
COBAL	Companhia Brasileira de Alimentos
CODECON	Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
COEFA	Coordenação de Gestão do Uso de Espécies da Fauna
COESPE	Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado
COFECI	Conselho Federal de Corretores de Imóveis
COFINS	Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social
COGEAE	Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (PUC/SP)

COM	Comunicação da Comissão (Comissão das Comunidades Europeias)
COMEX	Comitê Executivo da CAMEX
CONAB	Conselho Nacional do Abastecimento
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONCINE	Conselho Nacional do Cinema
CONDEFAT	Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador
CONDEPHAAT	Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo
CONDESB	Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Baixada Santista
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CONFEA	Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
CONSEMA	Conselho Estadual do Meio Ambiente
CONSEPE	Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
COPERSUCAR	Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo
COPOM	Comitê de Política Monetária (do Banco Central)
CORDE	Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CORECON	Conselho Regional de Economia
COSIPA	Companhia Siderúrgica Paulista
COSIT	Coordenação-Geral do Sistema de Tributação
CP	Código Penal
CPA	Comissão de Política Aduaneira
CPA	Conselho de Política Aduaneira
CPC	Código de Processo Civil
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
CPFL	Companhia Paulista de Força e Luz
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CPqD	Centro de Pesquisas e Desenvolvimento
CR	Constituição da República Federativa do Brasil

CRAV	Comissão de Administração de Retribuição Adicional Variável
CRC	Conselho Regional de Contabilidade
CRE	Conselho Regional de Economia
CREAA	Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CRECI	Conselho Regional de Corretores de Imóveis
CREDUC	Crédito Educativo
CREF/SP	Conselho Regional de Educação Física do Estado de São Paulo
CREFITO	Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CREP	Conselhos Regionais de Economistas Profissionais
CRF	Conselho Regional de Farmácia
CRI	Cartório de Registro de Imóveis
CRI	Certificado de Recebíveis Imobiliários
CRM	Conselho Regional de Medicina
CRMV	Conselho Regional de Medicina Veterinária
CRN	Conselho Regional de Nutricionistas
CRP	Constituição da República Portuguesa
CRPS	Conselho de Recurso da Previdência Social
CRQ	Conselho Regional de Química
CRS	Certificado de Regularidade de Situação
CRT	Coordenadoria de Relações do Trabalho
CSE	Conselho Superior de Educação
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSM	Conselho Superior da Magistratura
CSM/MTel	Centro de Suprimento de Manutenção de Material de Telecomunicações
CSPE	Comissão de Serviços Públicos de Energia
CST	Coordenadoria do Sistema de Tributação
Ct	Direito Constitucional
CT	Carta Testemunhável
CTA	Centro Tecnológico da Aeronáutica
CTN	Código Tributário Nacional
CTNbio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
CTP	Certificado de Transação de Passeriformes
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
Cv	Direito Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CZPE	Conselho Nacional das Zonas de Processamento de Exportação
DAC	Departamento de Aviação Civil

DAEE	Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo
DAIA	Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental
DAMF	Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda
DARF	Documento de Arrecadação da Receita Federal
DARP	Documento de Arrecadação da Receita Previdenciária
DATAPREV	Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social
dB	Decibel
DCT	Departamento de Correios e Telégrafos
DCTF	Declaração de Contribuições e Tributos Federais
DECAM	Departamento de Câmbio (do Banco Central do Brasil)
DECEX	Departamento de Comércio Exterior (do Banco do Brasil)
DECOM	Departamento de Defesa Comercial
DECON	Departamento de Controle e Fiscalização (da SUNAB)
DEDIP	Departamento de Dívida Pública (do Banco Central do Brasil)
DEIC	Departamento de Investigações sobre Crime Organizado
DELEMAF	Delegacia Marítima, Aeroportuária e de Fronteiras
DENARC	Departamento Estadual de Investigações sobre Narcóticos
DENTEL	Departamento Nacional de Telecomunicações
DEPRN	Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais
DER	Data da Entrada do Requerimento
DER	Departamento de Estradas de Rodagem
DER	Depósito Especial Remunerado
DERAT	Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DF	Distrito Federal
DFC	Delegacia Federal de Controle
DFSJ	Diretoria do Foro das Seções Judiciárias
DI	Declaração de Importação
DIANA	Divisão de Administração Aduaneira
DIB	Data Inicial do Benefício
DIBAC	Divisão de Serviços Bancários da Caixa Econômica Federal
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos
DIMED	Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos
DIMOB	Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias
DIRPF	Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física
DISAR	Divisão de Arrecadação
DISE	Divisão de Investigações sobre Entorpecentes
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça do Estado

DJU	Diário da Justiça da União
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNC	Departamento Nacional de Combustíveis
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
DNIT	Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
DNPM	Departamento Nacional da Produção Mineral
DNTA	Departamento Nacional de Transportes Aquaviários
DOE	Diário Oficial do Estado
DOESP	Diário Oficial do Estado de São Paulo
DOU	Diário Oficial da União
DPDE	Departamento de Proteção e Defesa Econômica
DPRF	Departamento da Receita Federal
DPU	Departamento de Patrimônio da União
DPVAT	Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres
DRF	Delegacia da Receita Federal
DRF	Distrito Rodoviário Federal
DRT	Delegacia Regional do Trabalho
DT	Disposições Transitórias
DTIC	Departamento Técnico de Intercâmbio Comercial
DTM	Delegacia do Trabalho Marítimo
DTQ	Divisão de Controle de Trânsito e Quarentena Vegetal (Ministério da Agricultura e Abastecimento)
DTR	Departamento de Transportes Rodoviários
DUT	Documento Único de Trânsito
EBCT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
Econ	Direito Econômico
ECR	Emenda Constitucional de Revisão
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ED	Embargos de Declaração
EDcl	Embargos de Declaração
EDI	“Electronic Data Interchange” (Intercâmbio Eletrônico de Dados)
EFV	Execução Fiscal Virtual
EI	Embargos Infringentes
EIA	Estudo do Impacto Ambiental
EIfNu	Embargos Infringentes e de Nulidade
EInf	Embargos Infringentes
EJTRF	Ementário da Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos
ELETRBRÁS	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações
EMGEA	Empresa Gestora de Ativos
ENC	Exame Nacional de Cursos
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
EPI	Equipamento de Proteção Individual
EREsp	Embargos de Divergência no Recurso Especial
ESAF	Escola de Administração Fazendária
ESALQ	Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”
ESTJ	Ementário do Superior Tribunal de Justiça
Euratom	Comunidade Européia de Energia Atômica
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
FAAP	Fundação Armando Álvares Penteado
FACES	Ficha de Atualização de Cadastro de Entidades Sindicais
FAO	“Food and Agriculture Organization of the United Nations”
FAPESP	Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
FAS	Fator de Atualização Salarial
FASASS	Fundação América do Sul de Assistência e Seguridade Social
FATEC	Faculdade de Tecnologia
FATMA	Fundação do Meio Ambiente
FCVS	Fundo de Compensação das Variações Salariais
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FDSBC	Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
FEB	Força Expedicionária Brasileira
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FEBRAPS	Federação Brasileira dos Criadores de Pássaros
FEF	Fundo de Estabilização Fiscal
FENASEG	Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização
FEPASA	Ferrovia Paulista S.A.
FESESP	Federação de Serviços do Estado de São Paulo
FGC	Fundo Garantidor de Créditos
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIERGS	Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul
FIES	Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior
FINAM	Fundo de Investimentos da Amazônia
FINAME	Agência Especial de Financiamento Industrial
FINEP	Financiadora de Estudos e Projetos (Ministério da Ciência e Tecnologia)
FINOR	Fundo de Investimentos do Nordeste

FINSOCIAL	Fundo de Investimento Social
FIRCE	Departamento de Capitais Estrangeiros (do Banco Central do Brasil)
FISSET	Fundo de Investimentos Setoriais
FMI	Fundo Monetário Internacional
FMU	Faculdades Metropolitanas Unidas
FNAS	Fundo Nacional de Assistência Social
FND	Fundo Nacional de Desenvolvimento
FNDCT	Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
FNDE	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
FNS	Fundo Nacional de Saúde
FNT	Fundo Nacional de Telecomunicações
FOB (preço)	“Free on Board” (Livre a Bordo)
FPAS	Fundo da Previdência e Assistência Social
FPE	Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
FPR	Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de Medicamentos
FSE	Fundo Social de Emergência
FTAA	“Free Trade Area of the Americas”
FUNAD	Fundo Nacional Antidrogas
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
FUNCAMP	Fundação de Desenvolvimento da UNICAMP
FUNCATE	Fundação de Ciência, Aplicações e Tecnologia Espaciais
FUNCEF	Fundação dos Economistas Federais
FUNDEF	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
FUNRURAL	Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural
FUP	Frete de Uniformização de Preços
FUSEx	Fundo de Saúde do Exército
GARE	Guia de Arrecadação Estadual
GATA	Gratificação Técnico-Administrativa
GATS	“General Agreement on Trade in Services” (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio
GBENIN	Gerenciamento de Benefícios por Incapacidade
GCE	Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica
GED	Gerenciamento Eletrônico de Documentos
GEE	Grau de Eficiência na Exploração
GEL	Gratificação Especial de Localidade
GERA	Grupo Executivo da Reforma Agrária
GFIP	Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social

GI	Guia de Importação
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
GMC	Grupo Mercado Comum do Mercosul
GPS	Guia da Previdência Social
GRCS	Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical
GRPS	Guia de Recolhimento da Previdência Social
GTDC	Grupo Técnico de Defesa Comercial
GUT	Grau de Utilização da Terra
HC	“Habeas Corpus”
HIV	“Human Immunodeficiency Virus” (Vírus da Imunodeficiência Humana)
IAA	Instituto do Açúcar e do Alcool
IAPAS	Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social
IAPETC	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas
IAPFESP	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos
IAPI	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários
IAPM	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IASP	Instituto dos Advogados de São Paulo
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBAP	Instituto Brasileiro de Advocacia Pública
IBAPE	Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia
IBC	Instituto Brasileiro do Café
IBCCrim	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBCJA	Instituto Brasileiro de Ciências Jurídico-Ambientais
IBDDC	Instituto Brasileiro de Direitos Difusos e Coletivos
IBDF	Instituto Brasileiro de Direito Financeiro
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBICT	Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
IBPC	Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural
IBRA	Instituto Brasileiro de Reforma Agrária
ICM	Imposto sobre Circulação de Mercadorias
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ICSID	“International Center for the Settlement of Investment Disputes”
IDAP	Instituto de Direito Administrativo Paulista
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
IDIS	Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social

IDRC	“International Development Research Center”
IEDC	Instituto de Estudos de Direito e Cidadania
IF	Incidente de Falsidade
IGP-DI	Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna
IGP-M	Índice Geral de Preços do Mercado
I.I.	Imposto de Importação
IIRGD	Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt
ILL	Imposto sobre o Lucro Líquido
IMESC	Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo
IN	Instrução Normativa
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INAN	Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição
INC	Instituto Nacional do Cinema
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INDA	Instituto Nacional do Desenvolvimento Agrário
INDECOPI	“Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual”
INDESP	Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
INPAMA	Instituto Nacional de Proteção ao Meio Ambiente
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
INPM	Instituto Nacional de Pesos e Medidas
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
Inq	Inquérito
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
Int	Direito Internacional
INTER	Instituto Jurídico das Terras Rurais
INTERPOL	“International Criminal Police Organization”
IOB	Informações Objetivas
IOC	Imposto sobre Operações de Câmbio
IOCAM	Imposto sobre Operações de Câmbio
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IP	Inquérito Policial
IPASE	Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado
IPC	Índice de Preços ao Consumidor
IPC-R	Índice de Preços ao Consumidor em Real

IPCA-E	Índice de Preços ao Consumidor Amplo
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada
IPEM	Instituto de Pesos e Medidas
IPEN	Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPMF	Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores
IR	Imposto de Renda
IRLL	Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
IRRF	Imposto de Renda Retido na Fonte
IRSM	Índice de Reajuste do Salário Mínimo
IRVF	Índice de Reajuste de Valores Fiscais
ISA	Instituto Socioambiental
ISS	Imposto sobre Serviços
ISSC	Imposto sobre Serviço de Comunicação
ISSN	“International Standard Serial Number”
ISTR	Imposto sobre Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual de Passageiros
ITA	Instituto Tecnológico da Aeronáutica
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos
ITCD	Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos
ITE	Instituição Toledo de Ensino
ITESP	Instituto de Terras do Estado de São Paulo
ITR	Imposto Territorial Rural
IUCLEEM	Imposto Único sobre Combustíveis, Lubrificantes, Energia Elétrica e Minerais
IUEE	Imposto Único sobre Energia Elétrica
IUIJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
IUM	Imposto Único sobre Minerais
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro
IVC	Imposto sobre Vendas e Consignações
IVVC	Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos
JC	Jurisprudência Catarinense (periódico)
JCJ	Junta de Conciliação e Julgamento
JRPS	Junta de Recursos da Previdência Social

JTA	Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
JTACRIM	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal
JTACrSP	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
JTACSP	Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
JTJ	Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
JUCESP	Junta Comercial do Estado de São Paulo
JUTACRIM	Julgados do Tribunal de Alçada Criminal
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LALUR	Livro de Apuração do Lucro Real
LAP	Lei da Ação Popular
LBA	Legião Brasileira de Assistência
LBC	Letra do Banco Central
LBPS	Lei de Benefícios da Previdência Social
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
LDA	Lei do Direito Autoral
LEF	Lei de Execuções Fiscais
LEP	Lei das Execuções Penais
LER/DORT	Lesão por Esforço Repetitivo/Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho
LEX-JTRF	LEX - Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais
LF	Lei de Falências
LF	Lei Federal
LFT	Letra Financeira do Tesouro Nacional
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LMS	Lei do Mandado de Segurança
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
LOMP	Lei Orgânica do Ministério Público
LOPS	Lei Orgânica da Previdência Social
LPC	Lei das Pequenas Causas
LRP	Lei de Registros Públicos
MAE	Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MCI	Medida Cautelar Inominada
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MEC	Ministério da Educação e Cultura
MECIR	Departamento do Meio Circulante do Banco Central
MEFP	Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MEX	Ministério do Exército

MF	Ministério da Fazenda
MICT	Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo
MINFRA	Ministério da Infra-estrutura
MIRAD	Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário
MME	Ministério de Minas e Energia
MNI	Manual de Normas e Instruções do Banco Central
MP	Medida Provisória
MP	Ministério Público
MPAS	Ministério da Previdência e Assistência Social
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
MTPS	Ministério do Trabalho e Previdência Social
MVR	Maior Valor de Referência
NAFTA	“North American Free Trade Agreement” (Acordo de Livre Comércio da América do Norte)
NBCE	Notas do Banco Central do Brasil
NCFE	Nota de Crédito Fiscal de Exportação
NCM	Nomenclatura Comum do Mercosul
NDFG	Notificações para Depósito de Fundo de Garantia
NDJ	Nova Dimensão Jurídica
NESAF	Núcleo da Escola de Administração Fazendária
NET	Nova Estrutura Tarifária
NEV-USP	Núcleo de Estudos da Violência da USP
NFLD	Notificação Fiscal de Lançamento de Débito
NOTEX	Notificação para Explicações
NR	Nova Redação
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
ODCE	Organização Européia de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECE	Organização Européia de Cooperação Econômica
OGM	Organismo Geneticamente Modificado
OIC	Organização Internacional do Comércio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organização Não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
OTN	Obrigações do Tesouro Nacional

PA	Processo Administrativo
PAES	Parcelamento Especial
PAJ	Procuradoria de Assistência Judiciária
PAR	Programa de Arrendamento Residencial
PAS	Plano de Assistência à Saúde
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PBC	Período Básico de Cálculo
PBPS	Plano de Benefícios da Previdência Social
PCCS	Plano de Classificação de Cargos e Salários
PCPS	Plano de Custeio da Previdência Social
PDV	Plano de Demissão Voluntária
PERC	Pedido de Revisão de Ordem de Emissão de Incentivos Fiscais
PES	Plano de Equivalência Salarial
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S.A.
PExt	Pedido de Extensão
PF	Procuradoria Fiscal
PFN	Procuradoria da Fazenda Nacional
PGC	Primeiro Grupo de Câmaras (OAB)
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGI	Pedido de Guias de Importação
PGO	Plano Geral de Outorgas
PIB	Produto Interno Bruto
PIN	Programa de Integração Nacional
PIS	Programa de Integração Social
PLANASA	Plano Nacional de Saneamento Básico
PLANHAP	Plano Nacional de Habitação Popular
PMA	Procriação Medicamente Assistida
Pn	Direito Penal
PND	Plano Nacional de Desestatização
PNDR	Programa Nacional de Desenvolvimento Rural
PNP	Polícia Nacional do Peru
PNS	Piso Nacional de Salários
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PNUE	Programa das Nações Unidas para o Ambiente
PORTOBRÁS	Empresa de Portos do Brasil S.A.
PPE	Parcela de Preços Específica
PRC	Procedimentos pertinentes a Pagamento de Precatórios
PrCv	Processo Civil
Prec	Precatório
PROAGRO	Programa de Garantia da Atividade Agropecuária
PROCON	Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
PROGE	Procuradoria-Geral
PRORURAL	Programa de Assistência ao Trabalhador Rural

PROTERRA	Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste
PrPn	Processo Penal
PRSU	Projeto de Súmula
PT	Partido dos Trabalhadores
PUC	Pontifícia Universidade Católica
Pv	Direito Previdenciário
RA	Recurso Administrativo
RAET	Regime de Administração Temporária
RAF	Relatório Agrônomo de Fiscalização
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RAMPR	Revista da Associação dos Magistrados do Paraná
RArI	Revista de Arguições de Inconstitucionalidade
RAV	Retribuição Adicional Variável
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RBDP	Revista Brasileira de Direito Processual
RBPS	Regulamento dos Benefícios da Previdência Social
RC	Resolução do Conselho de Administração (BNH)
RcCr	Recurso Criminal
Rcl	Reclamação
RCNPCP	Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
RCPS	Regulamento de Custeio da Previdência Social
RDA	República Democrática Alemã
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada (da ANVISA)
RDDT	Revista Dialética de Direito Tributário
RDM	Revista de Direito Mercantil
RDP	Revista de Direito Público
RDPE	Regime de Dedicção Profissional Exclusiva
RDPE	Revista de Direito Público da Economia
RDT	Revista de Direito Tributário
RE	Recurso Extraordinário
RECOFIS	Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social
REFIS	Programa de Recuperação Fiscal
RENAVAM	Registro Nacional de Veículos Automotores
REO	Reexame Necessário Cível
REOAC	Remessa “Ex Officio” em Ação Cível
REOMS	Remessa “Ex Officio” em Mandado de Segurança
Res Trib	Resenha Tributária
REsp	Recurso Especial
RF	Revista Forense

RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
RG	Registro Geral
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RHC	Recurso em “Habeas Corpus”
RI	Regimento Interno
RICMS	Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
RIISPOA	Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
RIPI	Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados
RIR	Regulamento do Imposto de Renda
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITRF	Regimento Interno do Tribunal Regional Federal
RJ	Revista Jurídica
RJDTACRIM	Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
RJTAMG	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTJERGS	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
RJTJESP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RJTJRS	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RMI	Renda Mensal Inicial
RMV	Renda Mensal Vitalícia
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RP	Revista de Processo
RPGE	Revista da Procuradoria Geral do Estado
RPV	Requisição de Pequeno Valor
RR	Recurso de Revista
RSE	Recurso em Sentido Estrito
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT	Revista dos Tribunais
RTFR	Revista do Tribunal Federal de Recursos
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
RTJE	Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados
RTJESP	Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RTRF	Revista do Tribunal Regional Federal
RTS	Regime de Tributação Simplificada
RvCr	Revisão Criminal
SAAE	Serviço Autônomo de Água e Esgoto
SACRE	Sistema de Amortização Crescente
SAEXP	Serviço de Apoio à Exportação
SAF	Secretaria de Administração Federal
SAF	Serviço Anexo das Fazendas
SAIN	Secretaria de Assuntos Internacionais
SAT	Seguro Acidente do Trabalho
SBDI	Sociedade Brasileira de Direito Internacional
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SDI	Seção de Dissídios Individuais (TST)
SDN	Sociedade das Nações
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEAP	Secretaria Especial de Abastecimento e Preços
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SECEX	Secretaria de Comércio Exterior
SECRIM	Serviço de Criminalística da Polícia Federal em São Paulo
SEI	Secretaria Especial de Informática
SELA	Sistema Econômico Latino-Americano
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SEMA	Secretaria Especial do Meio Ambiente
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAD	Secretaria Nacional Antidrogas
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR	Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT	Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SEP	Secretaria da Presidência (TRF da 3ª Região)
SEPLAN	Secretaria de Planejamento
SEPRE	Secretaria Especial de Políticas Regionais
SERASA	Centralização dos Serviços dos Bancos S.A.
SERPRO	Serviço Federal de Processamento de Dados
SESC	Serviço Social do Comércio
SESCON	Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas no Estado de São Paulo
SESI	Serviço Social da Indústria
SEST	Serviço Social do Transporte
SESu	Secretaria de Educação Superior (MEC)

SFC	Secretaria Federal de Controle
SFH	Sistema Financeiro da Habitação
SIAPE	Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos
SIAPRO	Sistema de Acompanhamento Processual (TRF)
SIDA	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida
SIF	Serviço de Inspeção Federal
SIMPLES	Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte
SINARM	Sistema Nacional de Armas
SINCOPEURO	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo
SINICESP	Sindicato da Indústria da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplenagem em Geral do Estado de São Paulo
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SINTESP	Sindicato dos Tecnólogos do Estado de São Paulo
SINTRAJUD	Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Estado de São Paulo
SIPEC	Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal
SISCOMEX	Sistema Integrado de Comércio Exterior
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
SL	Suspensão de Liminar
SLAT	Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela
SLP	Serviço Limitado Privado
SMA/SP	Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo
SMC	Serviço Móvel Celular
SME	Sistema de Manutenção de Ensino
SMR	Salário Mínimo de Referência
SNI	Serviço Nacional de Informações
SNT	Secretaria Nacional do Trabalho
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
SPTrans	São Paulo Transporte S.A.
SPU	Secretaria do Patrimônio da União
SPU	Serviço do Patrimônio da União
SRF	Secretaria da Receita Federal
SS	Suspensão de Segurança
SSP	Secretaria de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
STN	Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda

SUDAM	Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia
SUDENE	Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste
SUDIN	Súmulas publicadas pelo Departamento de Imprensa Nacional
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SuExSe	Suspensão de Execução de Sentença
SUFRAMA	Superintendência da Zona Franca de Manaus
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
SUNAB	Superintendência Nacional do Abastecimento
SUNAMAM	Superintendência Nacional da Marinha Mercante
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
SVS/MS	Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde
TA	Tribunal de Alçada
TAB	Tabela Aduaneira Brasileira
TAC	Tribunal de Alçada Civil
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
TACRSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TAMG	Tribunal de Alçada de Minas Gerais
TAP	Taxa de Armazenagem Portuária
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
Tban	Taxa de Assistência do Banco Central
TBC	Taxa Básica do Banco Central
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCFA	Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental
TCU	Tribunal de Contas da União
TDA	Título da Dívida Agrária
TEC	Tarifa Externa Comum
TELEBRÁS	Telecomunicações Brasileiras S.A.
TELESP	Telecomunicações de São Paulo S.A.
TFA	Taxa de Fiscalização Ambiental
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TIPI	Tabela de Incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados
TJ	Tribunal de Justiça
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TMP	Taxa de Melhoramento dos Portos
TPI	Tribunal Penal Internacional
Tr	Direito do Trabalho
TR	Taxa Referencial
Trbt	Direito Tributário
TRCT	Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho

TRD	Taxa Referencial Diária
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TRF	Tribunal Regional Federal
TRIPS	“Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights” (Tratado Relacionado aos Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual no Comércio Internacional)
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UCAJ	Subsecretaria dos Conselhos de Administração e Justiça do TRF da 3ª Região
UE	União Européia
UFESP	Unidade Fiscal do Estado de São Paulo
UFIR	Unidade Fiscal de Referência
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UIT	União Internacional de Telecomunicações
ULAM	União Latino-Americana de Mulheres
UNCITRAL	“United Nations Commission on International Trade Law” (Comissão das Nações Unidas para o Estudo do Direito Comercial Internacional)
UNESCO	“United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization”
UNESP	Universidade Estadual Paulista
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas
UNIFESP	Universidade Federal de São Paulo
UNIFIEO	Centro Universitário FIEO (Fundação Instituto de Ensino para Osasco)
UniFMU	Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
UNISUL	Universidade do Sul de Santa Catarina
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
UPC	Unidade-Padrão do Capital
URP	Unidade de Referência de Preços
URV	Unidade Real de Valor
USIMINAS	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais
USP	Universidade de São Paulo
VPNI	Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada
VRF	Valor de Referência de Financiamento
VTNm	Valor da Terra Nua Mínimo
ZPE	Zonas de Processamento de Exportação

ÍNDICE SYSTEMÁTICO

FEITOS DA PRESIDÊNCIA

SLAT	0022828-19.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Roberto Haddad	104/4
SLAT	0027084-05.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Roberto Haddad	104/6
SLAT	0027708-54.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Roberto Haddad	104/15

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

REsp REO			
	0033643-37.1975.4.03.6100	Desembargador Federal André Nabarrete	104/19
REsp AMS			
	0205306-12.1993.4.03.6104	Desembargador Federal André Nabarrete	104/22
REsp AI			
	0052371-77.2004.4.03.0000	Desembargador Federal André Nabarrete	104/30
REsp RSE			
	0001004-77.2005.4.03.6111	Desembargador Federal André Nabarrete	104/33

DECISÕES MONOCRÁTICAS

AC	0000305-65.2000.4.03.6110	Juiz Federal Nelson Porfírio	104/40
AMS	0008785-30.2003.4.03.6109	Juiz Federal Marco Aurelio Castrianni	104/44
AC	0022506-19.2003.4.03.9999	Juíza Federal Diana Brunstein	104/50
AC	0000905-11.2004.4.03.6122	Desembargador Federal Newton De Lucca	104/54
AC	0032948-39.2006.4.03.9999	Juiz Federal Fernando Gonçalves	104/69
AC	0013654-30.2008.4.03.9999	Juiz Federal Carlos Francisco	104/72
Rec Adm			
	0043212-71.2008.4.03.0000	Desembargadora Federal Suzana Camargo	104/75
CC	0001636-30.2010.4.03.0000	Juiz Federal Paulo Sarno	104/80
AI	0025291-31.2010.4.03.0000	Juiz Federal Santoro Facchini	104/85

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO

Ag AMS			
	0061169-07.1997.4.03.6100	Desembargador Federal Luiz Stefanini	104/91
Ag AC	0071112-83.2000.4.03.9999	Juiz Federal Nino Toldo	104/99

Ag ApelReex			
	0017189-69.2005.4.03.9999	Desembargador Federal Antonio Cedinho	104/102
Ag AMS			
	0900348-31.2005.4.03.6100	Desembargadora Federal Alda Basto	104/108
Ag AMS			
	0009606-70.2008.4.03.6105	Desembargadora Federal Marisa Santos	104/111
Ag AMS			
	0013715-11.2009.4.03.6100	Desembargador Federal André Nekatschalow	104/116
Ag AI	0001547-07.2010.4.03.0000	Juíza Federal Raquel Perrini	104/129
Ag AI	0012669-17.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Carlos Muta	104/138
Ag AI	0015436-28.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Diva Malerbi	104/146
Ag AI	0021064-95.2010.4.03.0000	Desembargador Federal José Lunardelli	104/154

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AI	0027915-68.2001.4.03.0000	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	104/163
AI	0017948-81.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Marianina Galante	104/169

AGRAVO REGIMENTAL

AgRg AC			
	0000168-46.2006.4.03.6119	Desembargador Federal Walter do Amaral	104/173

APELAÇÃO CÍVEL

AC	0011085-80.1989.4.03.6100	Juiz Federal Leonel Ferreira	104/180
Apel Reex			
	0706060-51.1994.4.03.6106	Juiz Federal Batista Gonçalves	104/184
ApelReex			
	0036168-83.1998.4.03.6100	Desembargadora Federal Cecília Marcondes	104/189
AMS	0048943-33.1998.4.03.6100	Juiz Federal Miguel di Pierro	104/202
ApelReex			
	0053177-24.1999.4.03.6100	Desembargador Federal Mairan Maia	104/206
AC	0105293-47.1999.4.03.9999	Juiz Federal Paulo Conrado	104/211
AC	0001713-27.2000.4.03.6002	Juiz Federal Wilson Zauhy	104/215

ApelReex	0014070-42.2001.4.03.9999	Desembargadora Federal Marli Ferreira	104/219
AMS	0020332-65.2001.4.03.6100	Juiz Federal Márcio Mesquita	104/225
AC	0030904-80.2001.4.03.6100	Desembargador Federal Lazarano Neto	104/241
AC	0000737-89.2002.4.03.6118	Juiz Federal Cesar Sabbag	104/250
ApelReex	0010092-88.2003.4.03.6183	Juíza Federal Monica Nobre	104/253
AC	0013593-90.2003.4.03.6105	Desembargadora Federal Eva Regina	104/262
AC	0021818-57.2003.4.03.9999	Desembargador Federal Nelson Bernardes	104/269
AC	0009138-51.2004.4.03.6104	Juiz Federal Valdeci dos Santos	104/292
AMS	0010517-24.2004.4.03.6105	Desembargadora Federal Salette Nascimento	104/307
ApelReex	0000435-64.2005.4.03.6115	Desembargador Federal Márcio Moraes	104/321
Apel Reex	0010645-25.2005.4.03.6100	Juiz Federal Roberto Jeuken	104/326
AC	0006321-55.2006.4.03.6100	Desembargador Federal Nery Júnior	104/355
AC	0036708-59.2007.4.03.9999	Juíza Federal Márcia Hoffmann	104/366
AC	2007.03.99.046388-0	Desembargadora Federal Vesna Kolmar	104/384
ApelReex	0000100-31.2008.4.03.6118	Juiz Federal Leonardo Safi	104/400
AC	0006045-41.2008.4.03.6104	Juiz Federal Silva Neto	104/413
AMS	0022552-89.2008.4.03.6100	Desembargadora Federal Regina Costa	104/422
AC	0005152-13.2009.4.03.6105	Desembargadora Federal Lucia Ursaia	104/429
AMS	0018357-27.2009.4.03.6100	Juiz Federal Renato Toniasso	104/434
AC	0033027-13.2009.4.03.9999	Juíza Federal Marisa Cucio	104/440
ApelReex	0003785-72.2010.4.03.9999	Desembargador Federal Sérgio Nascimento	104/445

APELAÇÃO CRIMINAL

ACr	0004016-25.2001.4.03.6181	Desembargadora Federal Ramza Tartuce	104/455
ACr	0000393-54.2006.4.03.6123	Desembargador Federal Cotrim Guimarães	104/478

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CC	0016260-84.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Therezinha Cazerta	104/495
----	---------------------------	---	---------

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EDcl AMS			
	0037575-90.1999.4.03.6100	Desembargadora Federal Vera Jucovsky	104/510
EDcl AC			
	0023743-25.2002.4.03.9999	Desembargadora Federal Leide Polo	104/526
EDcl AgRg AI			
	0005236-35.2005.4.03.0000	Desembargador Federal Fábio Prieto	104/530
EDcl AC			
	0003173-08.2008.4.03.9999	Juiz Federal Hélio Nogueira	104/543

“HABEAS CORPUS”

HC	0025563-59.2009.4.03.0000	Juiz Federal Silvio Gemaque	104/552
HC	0027143-27.2009.4.03.0000	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	104/572
HC	0021678-03.2010.4.03.0000	Juíza Federal Eliana Marcelo	104/580
HC	0024159-36.2010.4.03.0000	Juíza Federal Silvia Rocha	104/597
HC	0027738-89.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Henrique Herkenhoff	104/613

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

REOMS			
	0036704-12.1989.4.03.6100	Desembargador Federal Peixoto Junior	104/620
REO	0001171-43.1999.4.03.6002	Juiz Federal Rubens Calixto	104/625
REO	0028374-69.2002.4.03.6100	Juiz Federal Souza Ribeiro	104/630

REVISÃO CRIMINAL

RvC	0038515-85.2000.4.03.0000	Desembargadora Federal Cecilia Mello	104/653
RvC	0048492-57.2007.4.03.0000	Desembargador Federal Nelton dos Santos	104/665

Expediente

A Revista do TRF 3ª Região
é uma publicação oficial.

DIRETORA DA REVISTA

Eva Regina Turano Duarte da Conceição
Desembargadora Federal

JORNALISTA RESPONSÁVEL

Rosana Sanches (MTb 17993)

EQUIPE

Francisco Oliveira da Silva
Lucia Massako Y. C. Rosa
Maria José Francisco da Rocha
Renata Bataglia Garcia

PROJETO DA VERSÃO DIGITAL

Secretaria de Informática
Divisão de Serviços Gráficos

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

O conteúdo dos artigos
doutrinários é de inteira
responsabilidade dos seus
autores, não refletindo,
necessariamente, o
posicionamento desta
Revista.

As decisões e os acórdãos,
em virtude de sua
publicação em
comunicação oficial,
conservam a escritura
original, em que esta
Revista restringiu-se a
realizar a diagramação,
conferência com o original
e padronização.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO

JURISDIÇÃO: SÃO PAULO
E MATO GROSSO DO SUL

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95 - Presidente⁽²⁾
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95 - Vice-Presidente⁽³⁾
SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95 - Corregedora-Regional⁽⁴⁾
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldo - 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 JOHNSON DI SALVO - 13/9/2002
Pedro Paulo LAZARANO NETO - 19/12/2002⁽⁵⁾
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
LEIDE POLO Cardoso Trivelato - 21/5/2003
EVA REGINA Turano Duarte da Conceição - 21/5/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECÍLIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
HENRIQUE Geaquinto HERKENHOFF - 12/4/2007
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 17/12/2010.

⁽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.