

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO **REVISTA**

Edição nº 112 - Março-Abril - 2012

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

JURISPRUDÊNCIA

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

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

SUMÁRIO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

“A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários. Comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR”. Juiz Federal Márcio Ferro Catapani.....	04
“Lei Complementar nº 123/2006: o litisconsórcio passivo dos entes públicos nas demandas envolvendo a Lei do Supersimples”. Juiz Federal Fernando Américo de Figueiredo Porto.....	14
“O Tribunal Penal Internacional e o Direito Penal Contemporâneo”. Juíza Federal Adriana Freisleben de Zanetti.....	30

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO.....	37
DIREITO CIVIL.....	92
DIREITO CONSTITUCIONAL.....	104
DIREITO PENAL.....	117
DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	138
DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	204
DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	256
DIREITO TRIBUTÁRIO.....	271

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

302

IV - ÍNDICE SISTEMÁTICO.....

309

V - ÍNDICE ANALÍTICO-REMISSIVO.....

312

VI - EXPEDIENTE.....

318

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A EXEQUIBILIDADE DAS DUPLICATAS VIRTUAIS E OS BOLETOS BANCÁRIOS COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STJ NO RESP 1.024.691-PR

MÁRCIO FERRO CATAPANI

Juiz Federal Substituto em São Paulo. Mestre em Direito Comercial pela PUC/SP e doutor em Direito Comercial pela USP. Pesquisador bolsista no Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit (Roma). Professor de cursos de pós-graduação. Ex-procurador seccional da Fazenda Nacional.

1. A decisão judicial

“EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.

2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

3. Recurso especial a que se nega provimento.”

(STJ, REsp nº 1.024.691-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 22/03/2011, DJe 12/04/2011)

2. Introdução ao tema: a circulação de créditos

O acórdão cuja ementa foi acima transcrita fixa a posição do Superior Tribunal de Justiça em relação a um importante tema do Direito Comercial: a exequibilidade da denominada duplicata eletrônica ou virtual¹ e os requisitos para tanto.

A questão insere-se no contexto mais amplo dos ditos títulos de crédito eletrônicos, que surgiram da radical transformação sofrida pela prática comercial com o advento e a disseminação do uso da telemática em transações comerciais e creditícias. Com efeito, no último quartel do século XX e na primeira década do presente século, os modos de representação e circulação de dívidas e créditos foram significativamente alterados, de tal modo que o arcabouço dogmático-jurídico que lhes é aplicável necessita de urgente reformulação.

¹ No que tange à terminologia, os autores utilizam diferentes nomes para tratar do mesmo fenômeno. Assim, as expressões duplicata-extrato (DE LUCCA, Newton. *A cambial-extrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985), escritural (DE LUCCA, Newton. *Dos Atos Unilaterais. Dos Títulos de Crédito*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138; e ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; PINTAR, Marcos Alves. *A duplicata escritural*. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, Nacional de Direito, ano 3, nº 26, p. 33-46, fev. 2002), virtual (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 469) ou em meio eletrônico (*idem, ibidem*) referem-se às hipóteses em que o vendedor não emite fisicamente o título em questão, mas encaminha ao banco, por meio telemático, os dados referentes ao negócio subjacente, para que este proceda à emissão de boleto bancário para pagamento da dívida.

Nessa esteira, a tradicional teoria dos títulos de crédito deixou de atender à realidade social e econômica que lhe é subjacente. Exemplo patente dessa transformação dos hábitos negociais do brasileiro são os cheques, grandes propulsores do crédito ao consumidor e meio de pagamento de ampla aceitação no comércio pátrio, que praticamente desapareceram da vida do brasileiro, em questão de uma década². O mesmo se pode dizer quanto às ações, que, a par da discussão acerca da sua inclusão entre os títulos de crédito, tradicionalmente valiam-se de institutos cambiários para a transferência e aferição de sua titularidade: quanto ao modo de circulação, elas podiam ser, segundo disposição legal vigente até 1990, ao portador, endossáveis ou nominativas. Hoje, contudo, não mais se cogita de utilidade, na prática do mercado de capitais brasileiro, da emissão física de certificados de ações. Assim, as ações, em dialética envolvendo alteração legislativa e práticas de mercado, que mutuamente se implicam, são atualmente apenas nominativas e, quando negociadas em bolsas de valores ou mercado de balcão, quase que exclusivamente escriturais³. Outro exemplo a ser lembrado é a duplicata escritural, objeto do acórdão em questão.

Enfim, a circulação creditícia e a segurança que a deve acompanhar para o bom desenvolvimento das atividades de produção e circulação de bens, que sempre foi a finalidade maior do regime jurídico dos títulos de crédito⁴, é hoje efetuada por mecanismos bastante diversos daqueles que se verificavam na prática do início do século XX. Operações eletrônicas interbancárias (as TEDs e os DOCs) e o uso de cartões de crédito e de débito assumem papel central no que diz respeito à efetivação do pagamento de obrigações pecuniárias – atualmente, os clássicos títulos de crédito pouco são utilizados para esse fim. Mesmo os novos instrumentos parecem ser ameaçados por outros cuja implantação ainda mal se deu, como o Débito Direto Autorizado – DDA, que torna obsoletos os próprios boletos bancários impressos. A circulação de direitos, sejam eles creditícios em sentido estrito, de participação ou incidentes sobre mercadorias ou outros bens, não se dá mais, em larga escala, com a utilização de papel – a tradicional cártula –, mas por simples registro de negócios em sistemas eletrônicos construídos exatamente para essa finalidade. Sistemas esses, ademais, que também são responsáveis pela manutenção de contas de entradas e saídas por meio das quais se verifica a titularidade dos direitos respectivos.

O papel, que tanto permitiu a agilização da transferência de posições jurídicas no passado⁵, apresenta-se hoje como um empecilho grave à agilidade das transações comerciais. Foi substituído, sem maior aviso e de modo inexorável, por registros eletrônicos.

Portanto, a reformulação que a teoria dos títulos de crédito exige – e que deveria, de modo urgente, abranger também os currículos das faculdades de Direito – não abrange apenas a análise ou modernização dos vetustos princípios desse sub-ramo do

² Segundo dados do Banco Central do Brasil, “Em 2010, comparativamente a 2009, houve queda de 7,1% na quantidade de cheques emitidos, acumulando redução de 34% nos últimos 5 anos. Na composição total dos pagamentos, a participação dos cheques caiu de 9,8% em 2009 para 8,4% em 2010” (Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo do Brasil: Adendo Estatístico, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/spb/Diagnostico-Adendo-2010.pdf>, acesso em 12 de março de 2012)

³ Nesse tocante, deve-se salientar que apenas os títulos nominativos se prestam à emissão de modo escritural.

⁴ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução Nicolau Nazo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 6-11, e *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, *passim*.

⁵ Como ensina Tullio Ascarelli, os sistemas jurídicos que se baseavam no Direito Romano encontraram um severo entrave ao desenvolvimento do comércio, advindo da dificuldade em lidarem com a operacionalização de

Direito Comercial. Segundo nos parece, o necessário é, do ponto de vista doutrinário e acadêmico, deslocar-se o foco dos títulos de crédito para o regramento da circulação de direitos⁶ e dos meios de pagamento. Em vez de se ensinar ou estudar o Direito Cambiário, talvez seja melhor falar-se em Direito da Circulação de Créditos, com caráter muito mais abrangente e que, obviamente, também inclui os títulos de crédito, que ainda não desapareceram de todo da praxe negocial.

É nesse particular contexto que devem ser analisadas as questões referentes à duplicata eletrônica e a sua exequibilidade.

3. *A duplicata escritural e a prática no comércio brasileiro*

A duplicata é o mais brasileiro dos títulos de crédito. Ainda que haja instrumentos semelhantes em outros países, trata-se de um instituto tipicamente brasileiro, com características que foram desenvolvidas a partir da prática dos empresários nacionais.

A Lei nº 5.474/1968, em seu art. 2º, possibilita a extração de duplicatas no caso de compra e venda mercantil a prazo, para “circulação como efeito comercial”⁷. Nesse caso, aliás, a duplicata é o único título de crédito que pode ser emitido. A sequência natural de fatos a partir de então, nos moldes da visão cambiária clássica, seria o encaminhamento da cópia para o comprador; o seu aceite e devolução ao vendedor, ou a eventual endossatário; a apresentação para pagamento na data aprazada; caso não houvesse o pagamento, o protesto e execução judicial.

Entretanto, o uso no comércio brasileiro sempre divergiu bastante desse procedimento hipotético. Em primeiro lugar, o aceite e a devolução da duplicata nunca foram a atitude mais comum do empresário comprador brasileiro: ele, verificando que as mercadorias tinham sido entregues em conformidade com o contratado, simplesmente encaminhava a duplicata (ou o boleto bancário que a substituía) para o seu setor de “contas a pagar” e, quando do vencimento, efetuava o pagamento, normalmente por meio de depósito em conta corrente de titularidade do vendedor. Em segundo lugar, a partir do momento em que a cobrança de títulos passou a ser terceirizada, em geral ficando a cargo de bancos, sequer o envio da duplicata para o comprador continuou a ser a regra. O vendedor simplesmente encaminhava o documento para o banco, que se encarregava de fazer chegar ao comprador um simples boleto de cobrança bancária, a ser pago na data do vencimento por meio da rede bancária⁸. No momento adequado, caso não fosse efetuado o pagamento espontâneo, o banco tomava as providências necessárias para a cobrança extrajudicial ou judicial.

transferências da titularidade de direitos. Tal obstáculo foi vencido com a noção presente nos títulos de crédito de que, para a transferência do direito, bastava a tradição da cópia em que ele era descrito. No dizer de Ascarelli, “(...) o que se deu afinal foi a progressiva objetivação na concepção do direito, que, mencionado em um título de crédito, é objeto de circulação; a conseqüente aproximação às regras que disciplinam a circulação das coisas móveis e, por este caminho, a conquista do princípio da autonomia do terceiro adquirente e a sua invulnerabilidade às exceções” (*Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 120).

⁶ Que, por certo, não se iguala à circulação de mercadorias. O crédito, essencial ao bom desenvolvimento das atividades empresariais, funda-se em elemento precipuamente fiduciário, merecendo, por tal razão, regramento jurídico próprio que leve em conta essa característica.

⁷ As duplicatas também podem ser emitidas em virtude da prestação de serviços, nos termos do art. 20 da mesma Lei.

⁸ A entrega da duplicata ao banco, como ressalta Lauro Muniz Barreto (*O Direito Novo da Duplicata*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, pp. 44-45), com base na lição de Fábio Penna, pode se dar sob duas roupagens

Obviamente, esses procedimentos sofreram alteração significativa ao longo dos anos, principalmente em virtude da informatização crescente dos negócios e da disseminação e sofisticação cada vez maior dos serviços de cobrança prestados pelas instituições financeiras. O modo pelo qual hoje se costuma proceder no meio empresarial é assim descrito por Fábio Ulhoa Coelho:

“Ao admitir o pagamento a prazo de uma venda, o empresário não precisa registrar em papel o crédito concedido; pode fazê-lo exclusivamente na fita magnética de seu microcomputador. A constituição do crédito cambiário, através do saque da duplicata virtual, se reveste, assim, de plena juridicidade. Na verdade, o único instrumento que, pelas normas vigentes, deverá ser suportado em papel, nesse momento, é o *Livro de Registro de Duplicatas*. (...)”

O crédito registrado em meio eletrônico será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Por via telefônica, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita – abatidos os juros contratados – o seu valor na conta de depósito de empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata virtual. De posse do boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco do país. Em alguns casos, quando o devedor tem o seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica”.⁹

Realmente, a utilização do papel tende a ser ainda menor com a efetivação do DDA, que, apesar de ter sido lançado em 2009, ainda não atingiu nível de utilização em larga escala no mercado. O DDA consiste, basicamente, em um sistema criado pela Febraban, que permite o envio de boletos eletrônicos ao sacado (no caso da duplicata, o comprador ou tomador de serviços), por meio de instituição financeira com a qual ele já mantenha relacionamento, e o seu pagamento também em ambiente digital. Assim, sequer o boleto será impresso, havendo, nos casos de adimplemento espontâneo e tempestivo, ausência total de papel nas transações em questão, no que diz respeito ao cumprimento das obrigações comerciais.

4. A duplicata e alguns institutos tradicionais dos títulos de crédito – o aceite e o protesto

Por se tratar de um título estritamente causal, a duplicata é sujeita a um regime jurídico próprio, que leva em conta essa razão de sua emissão.

Assim, o aceite, no caso da duplicata, não pode ser recusado pelo sacado se não diante de causas específicas, descritas pela lei. Com efeito, o art. 8º da Lei nº 5.474/1968 estabelece que o comprador poderá deixar de aceitar a letra apenas em caso de (i) avaria ou não recebimento da mercadoria; (ii) vícios, defeitos e diferenças na quantidade ou qualidade,

jurídicas bastante diversas: (i) a entrega apenas para cobrança, que poderia vir acompanhada de endosso mandato, situação na qual a instituição financeira age por conta e no interesse do vendedor; ou (ii) o desconto bancário, acompanhado de endosso translativo, hipótese em que o banco se torna o titular dos direitos constantes do título e passa a atuar em nome próprio.

⁹ *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 469. Grifo no original.

devidamente comprovados; ou (iii) divergência nos prazos e preços ajustados. Nessas três hipóteses, o caráter causal da duplicata fala alto: nelas, existe sempre algum motivo forte pelo qual o comprador não terá de pagar de plano o preço da mercadoria adquirida, sendo inteiramente razoável que, no mínimo, se lhe conceda um período para discutir as condições do negócio, cujas obrigações não foram adimplidas adequadamente pela outra parte.

Nesse contexto é que a doutrina tende a classificar o aceite na duplicata como sendo um dever do comprador¹⁰, salvo, obviamente, se presente e comprovada uma das causas de justa recusa arrolada nos incisos do art. 8º do diploma legal em tela.

No que tange ao seu envio para o devedor, Lauro Muniz Barreto afirma que a duplicata é um título de apresentação¹¹. Assim, segundo esse autor, a sua entrega ao sacado-comprador possui um duplo sentido: de presença física e reclamação do valor devido.

Como forma de tentar obstar que o comprador-sacado deixe de aceitar tempestivamente o título e com isso atravanque a cobrança do valor por ele devido, influenciando de modo negativo na segurança jurídica e abalando o crédito que é necessário ao bom andamento comércio, a lei prevê que o protesto da duplicata pode ser efetuado por falta de aceite ou de devolução do título.

A redação originária dos arts. 13 e 14 da Lei nº 5.474/1968 exigia que o protesto por falta de aceite ou de devolução da duplicata fosse acompanhado de comprovante da entrega das mercadorias, preferencialmente o rodapé destacável do documento que as acompanhava. Entretanto, João Alberto Zortéa salienta que essa exigência era um entrave para a rápida circulação dos títulos, motivo pelo qual, por pressão dos bancos, a Lei foi alterada pelo Decreto-lei nº 436/1969¹². Com a alteração, apenas no momento da execução do título a Lei exige, de modo expresso, que seja apresentado “documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria”, caso na duplicata não tenha sido aposto o aceite do comprador (art. 15, I, b)¹³.

A Lei admite, ademais, que o protesto seja feito por meio da apresentação do documento, de uma triplicata, ou por indicações, “na falta de devolução do título” (art. 13, § 1º). A simples leitura do dispositivo legal levaria à conclusão de que somente se não houver a devolução do título pelo devedor é que seria admissível o protesto por indicações. E nesse sentido têm se pronunciado os tribunais pátrios, como se depreende do seguinte julgado:

“Execução. Duplicata não devolvida. Protesto por indicações. A execução de duplicata remetida para aceite e não devolvida faz-se com base no instrumento de protesto, tirado por indicações, sendo desnecessária a extração de triplicata.”
(STJ, REsp 121066/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Data do Julgamento: 09/12/1999, Fonte: DJ 24/04/2000, p. 51)

¹⁰ Assim é que se fala em aceite obrigatório (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução Nicolau Nazo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 145; e ZORTÉA, João Alberto. *A Duplicata Mercantil e similares no Direito Estrangeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 76).

¹¹ *O Direito Novo da Duplicata*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 44. Barreto ainda aduz que o Dicionário Jurídico de Ferreira Borges traz a seguinte definição de *apresentação*: “é termo de direito cambial e é o ato pelo qual o possuidor, detentor ou portador da letra de câmbio a mostra ao sacado e o convida a aceitar, ou pagar” (*idem, ibidem*).

¹² *A Duplicata Mercantil e similares no Direito Estrangeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 30-32.

¹³ Assim, antes do momento de eventual execução, o título já pode circular, mesmo que a prova da entrega da mercadoria ainda não tenha retornado ao emitente.

Apesar de a maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça trazer referência expressa à não devolução do título como essencial ao protesto por indicações, na prática forense tal fato é presumido, bastando para tanto a prova da remessa do título ao sacado¹⁴. Essa presunção, ainda que não declarada, é bastante razoável diante de dois elementos. Em primeiro lugar, a praxe, como já ressaltado, é a não devolução da cártula, motivo pelo qual é acertado presumir que esse costume mercantil tenha sido observado pelas partes. Além disso, a não devolução, por se tratar de fato negativo, é extremamente difícil de ser provada de modo satisfatório.

Outra perspectiva interessante a ser considerada, no caso, é que ao silêncio do comprador, diante do recebimento da duplicata, a lei atribui efeitos jurídicos. O art. 7º da Lei nº 5.474/1968 estabelece que, dentro do prazo de 10 dias após o recebimento do título, o comprador deverá devolvê-la, “assinada ou acompanhada de declaração, por escrito, contendo as razões da falta do aceite”, que são exatamente aquelas descritas no art. 8º. Ora, em caso de não apresentação das razões que eventualmente poderiam levar à recusa do aceite, este passa a ser presumido.

Assim, ainda que o aceite da duplicata seja tido por obrigatório, ele é praticamente inútil, pois mesmo sem ele o título pode ser protestado e cobrado em face do sacado¹⁵. Esse instituto, assim, perde importância efetiva na dinâmica da vida das duplicatas e na prática é muito pouco utilizado.

Por outro lado, é interessante notar que, segundo Lauro Muniz Barreto¹⁶, para Cesare Vivante¹⁷ o fundamento da executividade de uma letra de câmbio é a vontade do devedor. No entanto, no que tange à duplicata, essa vontade é deslocada de seu papel preponderante, sendo

¹⁴ Em sentido diverso, o próprio Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que o próprio envio da duplicata para aceite não precisa ser provado, havendo presunção também quanto a esse fato. Nesse sentido, cabe ao devedor eventualmente provar que recusou o aceite por motivo justificado. Eis a ementa do julgado: “PEDIDO DE FALÊNCIA. FALTA DE ACEITE. AUSÊNCIA DE PROVA DA REMESSA DA DUPLICATA AO SACADO. TRIPLICATA PROTESTADA E ACOMPANHADA DA PROVA DA ENTREGA DA MERCADORIA. TÍTULO HÁBIL.

- Constitui título executivo, hábil a instruir o pedido de falência, a triplicata protestada e acompanhada da prova de entrega da mercadoria, sendo dispensável a comprovação formal da remessa da duplicata ao sacado para aceite, o qual se presume em face da não devolução pelo devedor.

- Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, REsp 228637/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Data do Julgamento: 18/03/2004, Fonte: DJ 07/06/2004, p. 229)

¹⁵ Nesse ponto, vale fazer uma distinção entre o protesto por falta de aceite da duplicata e da letra de câmbio. No primeiro caso, se existente o comprovante de entrega das mercadorias, na prática desde o saque o devedor principal é o sacado-comprador e, efetuado o protesto, posterior execução contra ele deverá ser dirigida – ou, obviamente, contra avalistas ou endossantes, os quais terão direito de regresso contra o sacado. A possibilidade de que a cobrança da duplicata volte-se contra o emitente existe especialmente nos casos de o título não ter sido emitido com base em negócio real ou existir alegação e prova de que uma das razões de recusa de aceite previstas no art. 8º esteja presente.

O mesmo não ocorre nas letras de câmbio, nas quais, até o aceite, o devedor principal é o próprio sacador. Destarte, se há o protesto por falta de aceite, é o sacador quem deverá, em última instância, suportar o pagamento da dívida. Essa diferença deve-se ao fato essencial de que as duplicatas somente podem ser emitidas com base em uma compra e venda mercantil ou uma prestação de serviços e, provada a causa que deu ensejo ao saque, devem ser honradas por aquele que se beneficiou das mercadorias ou serviços.

¹⁶ *O Direito Novo da Duplicata*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, pp. 152-153.

¹⁷ *Trattato di Diritto Commerciale*. Vol. 3. 5ª ed. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 416. Vale notar que a posição de Vivante é exposta em correlação bastante marcada com o regime jurídico de um título de crédito específico, a letra de câmbio, como pode se concluir do trecho em que esse autor afirma que

que a entrega da mercadoria ou a prestação do serviço e a sua respectiva aceitação pelo comprador ou tomador baseiam, sob a perspectiva moral e econômica, a execução do título. Com efeito, a lei atribui força executiva à duplicata na medida em que essa qualidade constitui-se em elemento facilitador do crédito no comércio. Entraves à cobrança da duplicata, sem dúvida, tornam mais inseguras as relações jurídicas e não incentivam vendedores ou prestadores de serviço a conceder crédito a seus clientes, ou os inclinam a fazê-lo apenas com a cobrança de taxas de juros mais altas ou a negociação de maiores garantias, elemento este que sempre demanda tempo e esforços e tende a reduzir o volume de negócios. Do mesmo modo, sem o mecanismo do aceite obrigatório e presumido, a possibilidade de desconto da duplicata tende a ser reduzida.

5. Aceite, protesto e execução da duplicata escritural

Nada impede que a duplicata escritural seja submetida a aceite pelo sacado. Com efeito, em tese o seu regime não é diverso, nesse tocante, daquele que rege os demais títulos da mesma espécie. Pode, portanto, o título eletrônico ser enviado ao sacado por meio telemático e ser aceito, por meio da aposição da assinatura eletrônica do comprador. Contudo, deve-se admitir que essa prática não é usual no mercado. Ainda que a duplicata ou o boleto sejam enviados eletronicamente ao comprador, a conduta natural deste é simplesmente encaminhar o documento escritural ao seu setor competente para a realização de pagamentos – e nisso não há diferença significativa com relação aos títulos efetivamente cartulares.

Não obstante essa prática, obviamente as questões jurídicas mais complexas referentes à duplicata, seja ela em meio físico ou escritural, surgem quando o pagamento não é efetuado na data e forma contratadas – se, como ocorre na grande maioria dos casos, o pagamento se dá conforme o combinado entre as partes, não existe contestação e a discussão jurídica tende a não ser sequer iniciada.

Sob a perspectiva jurisprudencial, há decisões recentes que enfrentam a questão atinente ao protesto por indicações de duplicatas escriturais. Como é assente que basta a prova do envio do título ao sacado – e nesse tocante não há razão prática para diferenciar-se o envio em meio físico ou eletrônico – para embasar esse tipo de protesto, ele é perfeitamente compatível com a existência de duplicatas não representadas em papel. Nesse sentido, uma vez mais, vale transcrever julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS (DUPLICATAS MERCANTIS) - OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ANÁLISE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO EXECUTIVO - REJEIÇÃO - NECESSIDADE - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DOS TÍTULOS - ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM OBTIDO DA

o fundamento jurídico do caráter executivo é “la volontà del debitore cambiário, (...) perché obbligandosi sovra un titolo denominato ‘cambiale’ si assoggetò volontariamente all’ esecuzione” (*idem, ibidem*). Assim, não nos parece adequado, no modelo jurídico presente, que esse aspecto, no que tange à duplicata, seja explicado com base em lições referentes à letra de câmbio, uma vez que as razões que ensejam a execução de cada um desses títulos são fundamentalmente diversas.

ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO - PROBATÓRIO - ÓBICE DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE DE ORIGEM NESTA VIA RECURSAL (SÚMULA 7/STJ) - JUROS MORATÓRIOS - PERCENTUAL E TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO DO TRIBUNAL *A QUO* DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ - PRECEDENTES - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 1.544/95 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

II - A alegação preliminar de nulidade da execução merece ser rejeitada, tendo em vista que: a) a recorrente não impugnou todos os fundamentos do v. acórdão recorrido (Súmula 283/STF); b) o entendimento do Tribunal de origem coaduna-se com a jurisprudência desta Corte Superior; e c) o protesto por indicação de duplicatas emitidas na forma virtual é admitido em lei;

(...)

VII - Recurso especial não provido.”

(STJ, REsp 1037819/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Data do Julgamento: 23/02/2010, Fonte: DJe 10/03/2010)

Como consequência, parece-nos perfeitamente admissível que o protesto seja instruído simplesmente com uma cópia do *e-mail* encaminhado ao sacado, contendo a duplicata escritural, ou de qualquer outro documento, em meio físico ou digital, que comprove a efetiva entrega do título ao comprador.

Entretanto, no mais das vezes, não é propriamente a duplicata que é encaminhada ao sacado, mas o boleto bancário de cobrança. Então uma nova questão que se apresenta é se a prova do encaminhamento do boleto é suficiente para a efetivação do protesto por indicações. A tendência atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que apenas a prova do envio da própria duplicata pode ensejar esse tipo de protesto, como se conclui do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE APONTAMENTO A PROTESTO. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO. PROVA DA RETENÇÃO INJUSTIFICADA DAS DUPLICATAS REMETIDAS AO SACADO PARA ACEITE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENDOSSATÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA VEICULADA EM RECONVENÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

I - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a comprovação de que a duplicata foi remetida para aceite e injustificadamente retida pelo sacado é pressuposto necessário à extração do protesto por indicação.

II - Nesses termos não é de se admitir o protesto por indicação dos boletos bancários relativos à venda mercantil quando não haja prova de que as duplicatas correspondentes tenham sido injustificadamente retidas.

(...)

VI - Recurso Especial provido em parte.”

(STJ, REsp 953192/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Data do Julgamento: 07/12/2010, Fonte: DJe 17/12/2010)

Essa posição é calcada, essencialmente, no fato de que o boleto bancário não é o próprio título, nem – a jurisprudência não chega a expressar tal raciocínio, mas ele é inerente ao sistema sustentado nos julgados – é sujeito a aceite. O boleto consiste, de fato, em mera indicação da cobrança que é dirigida ao sacado-comprador, sendo que a duplicata pode não ter sido sequer efetivamente sacada.

Ainda que formalmente correto, esse modo de entender a dinâmica da duplicata e da circulação de créditos decorrentes de compras e vendas mercantis não é o que, em nosso entender, mais se ajusta às circunstâncias e necessidades do comércio atual.

Como já visto, as duplicatas são títulos de apresentação, que devem ser exibidos ao sacado com a finalidade de apresentar-se fisicamente ou por outro meio¹⁸ – ou seja, confirmando o entendimento do credor acerca da existência do débito e informando o regime jurídico escolhido pelo sacador para a sua circulação¹⁹ e cobrança – e reclamação do valor devido. Mas tal função é perfeitamente exercida pelo boleto bancário, desde que esse faça menção à adoção do regime jurídico cambiário²⁰. Com a entrega do boleto, em meio físico ou eletrônico, ao sacado, este tem a ciência de que o emitente alega a existência da dívida e escolheu o modo de cobrá-la, bem como reclama o pagamento do valor devido em uma data determinada, constante do boleto. Aliás, é justamente o boleto que instrumentaliza a cobrança por meio da utilização do sistema financeiro e da rede bancária. Deve-se ainda notar que todos os dados que constariam de uma duplicata escritural também são inseridos no boleto de cobrança. E, no caso dos títulos emitidos em meio eletrônico, o formalismo cambiário deve ceder espaço à razoabilidade. Assim, a substituição da duplicata pelo boleto em nada prejudica as partes.

Além disso, ainda nos termos já expostos, o fundamento para a execução de uma duplicata não é a vontade do devedor em sujeitar-se a esse regime jurídico, mas a simples existência de um negócio jurídico-mercantil prévio, o qual a lei considera como apto a ensejar o saque de uma duplicata.

Em suma, não existe razão prática para impedir que seja efetuado o protesto sem a prova do envio da própria duplicata, nos casos em que existe a confirmação de que o boleto bancário tenha sido devidamente encaminhado ao sacado-comprador. A materialização do título de crédito torna-se desnecessária, uma vez que todas as suas funções já foram cumpridas de modo satisfatório por outro documento, físico ou eletrônico, sem nenhum prejuízo à indispensável segurança dos negócios jurídicos mercantis. O mesmo se diga quando, pela utilização do sistema mais recente de DDA, o boleto não é encaminhado, mas apenas uma notificação da rede interbancária de que o comprador ou tomador dos serviços deve pagar uma quantia determinada.

Ainda no tocante ao protesto de títulos emitidos em meio eletrônico, Newton De Lucca aponta normas das Corregedorias de alguns Tribunais de Justiça, a serem obedecidas pelas serventias extrajudiciais, que criam óbices à efetivação do protesto de duplicatas escriturais. Assim, para esse autor, seria adequada a adoção de alterações legislativas

¹⁸ Nesse tocante, não há qualquer diferença essencial entre a presença física ou eletrônica do título.

¹⁹ Como ressalta Fábio Ulhoa Coelho, a escolha de se submeter ao regime cambiário é uma opção do devedor (*Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008). Entretanto, no caso da duplicata a situação é diversa, pois é ao sacador, seja ele vendedor ou prestador de serviços, que a lei confere o direito de optar.

²⁰ Como o costume comercial amplamente difundido é que a cobrança de valores devidos em virtude de compra e venda mercantil a prazo seja efetuada por meio da adoção do regime jurídico da duplicata, tal cláusula pode ser considerada até mesmo como implícita aos boletos bancários.

quanto à matéria, com vistas a evitar entendimentos eventualmente contrários à executividade das duplicatas escriturais²¹.

Por fim, após a discussão atinente à possibilidade de protesto baseado em boletos bancários, surge a questão final, que foi enfrentada de modo adequado, a nosso sentir, pelo acórdão ora em exame e cuja ementa foi no início transcrita. Com base nas razões expostas acima, se a exibição da duplicata ou triplicata não é essencial para o protesto por indicações, também não existem motivos suficientes para que a cártula do título deva necessariamente instruir a execução da dívida. A apresentação do boleto bancário, acrescida da prova de entrega da mercadoria ou de prestação do serviço, é suficiente para demonstrar que (i) a dívida existe; (ii) o devedor dela tem conhecimento, bem como tem ciência também do regime jurídico a ser utilizado para a sua cobrança; e (iii) o seu pagamento foi regularmente reclamado. Eventuais alegações e oposições que possam ser arguidas pelo executado – como o pagamento da dívida; a não entrega da mercadoria ou a entrega em desacordo com o pactuado, que tenha sido devidamente comunicada ao vendedor; a prescrição etc. – poderão ser discutidas nas sedes processuais adequadas, quais sejam os embargos de devedor ou, eventualmente, a exceção de pré-executividade – não seria a presença da duplicata, nos moldes em que foi configurada pela legislação atual, que traria qualquer diferença nesse sentido.

Em suma, o Direito Comercial tem de privilegiar a segura circulação dos créditos e não deve opor embaraços ao desenvolvimento das práticas comerciais, mas, antes, a elas se adequar, sempre guardando o objetivo de privilegiar a segurança jurídica. Em um momento em que a utilização do papel não mais se apresenta como elemento facilitador e que agiliza a realização de negócios mercantis, os operadores do Direito devem se curvar às exigências dos novos tempos e buscar soluções que, sem trazer prejuízos ou incertezas às partes, observem os motivos que fundamentam e sustentam as práticas mercantis. Não se pode, ademais, esquecer a dinâmica própria das normas do Direito Comercial, em que comumente as soluções legais são precedidas por alterações nos costumes mercantis, tidos e sentidos pelos empresários como vinculantes.

Nesse contexto, a decisão em comento do Superior Tribunal de Justiça mostra-se harmônica com essas necessidades da prática mercantil que devem ser incorporadas pelo sistema jurídico.

²¹ Dos Atos Unilaterais. Dos Títulos de Crédito. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 138-140.

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006: O LITISCONSÓRCIO PASSIVO DOS ENTES PÚBLICOS NAS DEMANDAS ENVOLVENDO A LEI DO SUPERSIMPLES

FERNANDO AMÉRICO DE FIGUEIREDO PORTO
Juiz Federal Substituto da Subseção de São Paulo
Mestre em Direito Econômico pela UFPB

RESUMO

A Constituição Federal prevê um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive através da arrecadação unificada de tributos. A Lei Complementar nº 123/2006, regulamentando tal tratamento, criou a substituição processual passiva, atribuindo à União a legitimidade para defender os interesses dos demais entes federados. Abordarei conceitos ligados à competência tributária, substituição processual, legitimidade passiva e coisa julgada, para demonstrar que a legitimidade exclusiva passiva da União nas ações envolvendo o Supersimples é passível de questionamentos, inclusive quanto à sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Simples Nacional. Legitimidade Passiva Exclusiva.

1. Considerações iniciais

A tradição positivista do direito brasileiro se reflete na existência de um número incontável de normas, que procuram abranger o maior universo de situações possíveis. Assim, surgem leis de caráter predominantemente material, mas que acabam trazendo questões processuais, sem que haja uma preocupação científica na integração das novas normas com outras preexistentes.

A Lei Complementar – LC nº 123/2006 (Lei do Supersimples ou Simples Nacional) é um exemplo deste tipo de norma, que surgiu com o objetivo maior de regulamentar um novo sistema unificado de arrecadação de tributos, mas acabou abordando questões de caráter nitidamente processual, como é o caso da Seção XIII do Capítulo IV da referida lei, que trata do processo judicial. Tal dispositivo, recentemente alterado pela Lei Complementar nº 139/2011 (redação em vigor a partir de 1º de janeiro de 2012), dispõe o seguinte:

“Seção XIII

Do Processo Judicial

Art. 41. Os processos relativos a impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto no § 5º deste artigo.

§ 1º Os Estados, Distrito Federal e Municípios prestarão auxílio à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em relação aos tributos de sua competência, na forma a ser disciplinada por ato do Comitê Gestor.

§ 2º Os créditos tributários oriundos da aplicação desta Lei Complementar serão apurados, inscritos em Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto no inciso V do § 5º deste artigo.

§ 3º Mediante convênio, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá delegar aos Estados e Municípios a inscrição em dívida ativa estadual e municipal e a cobrança judicial dos tributos estaduais e municipais a que se refere esta Lei Complementar.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo aos impostos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações prestadas:

I - no sistema eletrônico de cálculo dos valores devidos no Simples Nacional de que trata o § 15 do art. 18;

II - na declaração a que se refere o art. 25.

§ 5º Excetua-se do disposto no *caput* deste artigo:

I - os mandados de segurança nos quais se impugnem atos de autoridade coatora pertencente a Estado, Distrito Federal ou Município;

II - as ações que tratem exclusivamente de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, as quais serão propostas em face desses entes federativos, representados em juízo por suas respectivas procuradorias;

III - as ações promovidas na hipótese de celebração do convênio de que trata o § 3º deste artigo.

IV - o crédito tributário decorrente de auto de infração lavrado exclusivamente em face de descumprimento de obrigação acessória, observado o disposto no § 1º-D do art. 33.

V - o crédito tributário relativo ao ICMS e ao ISS de que trata o § 16 do art. 18-A.”

O artigo 41, transcrito acima, retrata a maneira como se dará a representação das pessoas jurídicas de direito público, tanto no pólo passivo quanto ativo das relações processuais envolvendo questões ligadas à Lei do Supersimples.

A LC nº 123/2006 atribuiu a um órgão a função de regulamentar os procedimentos voltados à concretização dos seus comandos normativos: o Conselho Gestor do Simples Nacional (CGSN), que, exercendo sua função reguladora, previu a maneira como se daria a representação judicial passiva dos entes federados, nas questões envolvendo o Supersimples.

A Resolução CGSN nº 39, de 1/9/2008, foi o primeiro dispositivo que regulamentou a legitimidade passiva dos entes federados na repetição de indébitos. Esta resolução foi revogada pela de nº 94, de 29/11/2011, que repetiu, em seu artigo 118, os dispositivos da norma anterior:

“Art. 118. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional somente poderá solicitar a restituição de tributos abrangidos pelo Simples Nacional diretamente ao respectivo ente federado, observada sua competência tributária. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º)

§ 1º O ente federado deverá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º)

I - certificar-se da existência do crédito a ser restituído, pelas informações constantes nos aplicativos de consulta no Portal do Simples Nacional;

II - registrar em controles próprios, para transferência ao aplicativo específico do Simples Nacional, quando disponível, os dados referentes à restituição processada, contendo:

- a) número de inscrição no CNPJ;
- b) nome empresarial;
- c) período de apuração;
- d) tributo objeto da restituição;
- e) valor original restituído;
- f) número do DAS objeto da restituição.

§ 2º O processo de restituição deverá observar as normas estabelecidas na legislação de cada ente federado, observando-se os prazos de decadência e prescrição previstos no CTN. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §§ 12 e 14)

§ 3º Os créditos a serem restituídos no Simples Nacional poderão ser objeto de compensação de ofício com débitos junto à Fazenda Pública do próprio ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 10)”

Os dispositivos tratam da legitimidade passiva dos entes federados nos pedidos de restituição de tributos pagos a maior ou indevidamente pelo contribuinte. Percebe-se que o artigo 118 atribui legitimidade exclusiva ao ente federado detentor da competência tributária. Assim, eventual pagamento indevido de Imposto Sobre Serviços – ISS, só poderá ser repetido em face do Município, mesmo que existam outros tributos federais a serem repetidos. Esta é a premissa que adotarei ao longo do estudo.

A mesma Resolução prevê a legitimidade dos entes federados nas ações judiciais. Transcrevo o Capítulo III da Resolução CGSN nº 94/2011, para facilitar a compreensão:

“CAPÍTULO III DOS PROCESSOS JUDICIAIS

Seção I

Da Legitimidade Passiva

Art. 120. Serão propostas em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), as ações judiciais que tenham por objeto: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, *caput*)

I - ato do CGSN e o Simples Nacional;

II - tributos abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º Os Estados, Distrito Federal e Municípios prestarão auxílio à PGFN, em relação aos tributos de sua competência, nos termos dos arts. 123 e 124. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão atuar em conjunto com a União na defesa dos processos em que houver impugnação relativa ao Simples Nacional, caso o eventual provimento da ação gere impacto no recolhimento de seus respectivos tributos. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

Art. 121. Excetuam-se ao disposto no inciso II do art. 120:

I - informações em mandados de segurança impugnando atos de autoridade coatora pertencente a Estado, Distrito Federal ou Município; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso I)

II - ações que tratem exclusivamente de tributos dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, as quais serão propostas em face desses entes federados, cujas defesas incumbirão às suas respectivas representações judiciais; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso II)

III - ações promovidas na hipótese de celebração do convênio previsto no art. 126; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso III)

IV - ações relativas ao crédito tributário decorrente de auto de infração lavrado exclusivamente em face de descumprimento de obrigação acessória; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso IV)

V - ações relativas ao crédito tributário relativo ao ICMS e ao ISS de responsabilidade do MEI. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso V)

Parágrafo único. O disposto no inciso III alcança todas as ações conexas com a cobrança da dívida, desde que versem exclusivamente sobre tributos estaduais ou municipais. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º e § 5º, inciso III)

Art. 122. Na hipótese de ter sido celebrado o convênio previsto no art. 126 e ter sido proposta ação contra a União, com a finalidade de discutir tributo da competência do outro ente federado conveniado, deverá a PGFN, na qualidade de representante da União, requerer a citação do Estado, Distrito Federal ou Município conveniado, para que integre a lide. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

Seção II

Da Prestação de Auxílio à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN

Art. 123. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de suas administrações tributárias ou outros órgãos de sua estrutura interna, quando assim determinado por ato competente, prestarão auxílio à PGFN em relação aos tributos de suas respectivas competências independentemente da celebração de convênio, em prazo não inferior à terça parte do prazo judicial em curso. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

§ 1º O requerimento feito pela PGFN, bem como as informações a lhe serem prestadas pelo respectivo ente federado, serão, preferencialmente, feitos por meio eletrônico, ao órgão de representação judicial do respectivo Estado, Distrito Federal ou Município. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

§ 2º A resposta será dirigida diretamente ao chefe da unidade solicitante seccional, estadual, regional ou geral da PGFN. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

§ 3º Transcorrido o prazo estabelecido sem que tenha sido prestado o auxílio solicitado pela PGFN aos Estados, Distrito Federal e Municípios, tal fato será informado ao ente federado competente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

Art. 124. As informações prestadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, em cumprimento ao § 1º do art. 120, deverão conter: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 1º)

I - descrição detalhada dos fundamentos fáticos que ensejaram o ato de lançamento, que poderá ser representada por cópia do relatório fiscal relativo ao lançamento, desde que os contenha;

II - cópia da legislação e resoluções pertinentes, incluindo eventuais consultas e pareceres existentes sobre a matéria, e indicação de sítio na *internet* em que porventura esteja disponibilizada a legislação;

III - cópia de documentos relacionados ao ato de fiscalização;

IV - data em que prestada a informação, nome do informante, sua assinatura, endereço eletrônico e telefone para contato.

Seção III

Da Inscrição em Dívida Ativa e sua Cobrança Judicial

Art. 125. Os créditos tributários oriundos do Simples Nacional serão apurados, inscritos em DAU e cobrados judicialmente pela PGFN, excetuando-se: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 2º)

I - a hipótese de convênio; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

II - o crédito tributário decorrente de auto de infração lavrado exclusivamente em face de descumprimento de obrigação acessória; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso IV)

III - o crédito tributário relativo ao ICMS e ao ISS apurado no SIMEI. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 5º, inciso V)

§ 1º O encaminhamento pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos créditos tributários para inscrição na DAU, será realizado com a observância dos requisitos previstos no art. 202 do CTN, no art. 2º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e, preferencialmente, por meio eletrônico. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, §§ 1º e 2º)

§ 2º A movimentação e encaminhamento serão realizados via processo administrativo em meio convencional, em caso de impossibilidade de sua realização por meio eletrônico. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, §§ 1º e 2º)

§ 3º A PGFN proporá a forma padronizada de encaminhamento eletrônico ou convencional de débitos para inscrição na DAU, a ser aprovado em ato do CGSN. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, §§ 1º e 2º)

§ 4º A notificação da inscrição em DAU ao ente federado, dos créditos relativos aos tributos de sua competência, dar-se-á por meio de aplicativo a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, §§ 1º e 2º)

§ 5º O pagamento dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional inscritos em DAU deverá ser efetuado por meio do DAS. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, inciso I)

§ 6º Os valores arrecadados a título de pagamento dos créditos tributários inscritos em dívida ativa serão apropriados diretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na exata medida de suas respectivas quotas-partes, acrescidos dos consectários legais correspondentes. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 22, incisos I e II)

Seção IV

Do Convênio

Art. 126. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão manifestar seu interesse na celebração de convênio com a PGFN, nos termos do § 3º do art. 41 da Lei Complementar nº 123, de 2006, para que efetuem a inscrição em dívida ativa e cobrança dos tributos de suas respectivas competências. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

Art. 127. A existência do convênio implica a delegação integral pela União da competência para inscrição, cobrança e defesa relativa ao ICMS ou ao ISS, quando esses tributos estiverem incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

§ 1º A delegação integral prevista no *caput* dar-se-á sem prejuízo da possibilidade de a União, representada pela PGFN, integrar a demanda na qualidade de interessada. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

§ 2º Na hipótese deste artigo, não se aplica o disposto no § 5º do art. 125. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 41, § 3º)

Seção V

Da Legitimidade Ativa

Art. 128. À exceção da execução fiscal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem legitimidade ativa para ingressar com as ações que entenderem cabíveis contra a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, independentemente da celebração do convênio previsto no art. 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º).”

O CGSN distinguiu as situações em que há ação judicial, daquelas em que há simples pedido administrativo de restituição. No primeiro caso, seguiu o texto da Lei Complementar, porém facultou às Procuradorias do Estado e Município o auxílio nas demandas judiciais; em relação à restituição administrativa, atribuiu exclusivamente ao ente competente para instituir o tributo a legitimidade para responder pela repetição.

Tais dispositivos tratam não apenas da legitimidade passiva quanto ativa dos órgãos federados. O ponto a ser abordado neste estudo refere-se à legitimidade passiva exclusiva da União para representar os demais entes federados em ações de repetição de indébito. A evolução legislativa que trata da matéria e a abordagem teórica e prática da questão serão feitas através da associação existente entre federalismo, competência tributária, coisa julgada e legitimidade processual, sempre de maneira simplificada, já que não há pretensão em esgotar o assunto.

Abordarei a questão da legitimidade ativa, a existência de eventual divergência entre os dispositivos da representação judicial e aqueles que tratam da repetição de indébito administrativa da Resolução CGSN nº 94/2011.

As referências feitas à “pequena empresa” ao longo deste trabalho devem ser encaradas como sinônimo de todas as empresas (micro e de pequeno porte) abrangidas pelo Simples Nacional.

2. Fundamentação teórica

A Federação é uma cláusula pétrea prevista na Constituição Federal, o que significa que não pode ser alterada pelo legislador constituinte derivado. Uma noção simplificada de federação pode ser traduzida como descentralização do poder e autonomia dos entes que compõem o Estado Federado.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios espelham esta autonomia em várias situações, mas a que interessa para a presente discussão diz respeito à competência legislativa e, mais especificamente, à competência tributária.

A competência tributária, corolário do Princípio Federativo, significa o poder que determinado ente possui para instituir (criar) um tributo, através de lei (no caso brasileiro). Assim, a Constituição Federal previu várias situações hipotéticas, atribuindo a determinados entes da federação o poder de criar o tributo decorrente destas hipóteses. Auferir renda, por exemplo, foi discriminado como fato gerador do imposto de renda, e atribuído à União o poder de instituir tal tributo; prestar serviços, por sua vez, faz surgir o Imposto sobre Serviços, cuja competência foi atribuída aos Municípios.

A aptidão para criar, em abstrato, tributos, ou, em outras palavras, a competência tributária, está prevista no artigo 145 da Constituição Federal. A partir de agora, é preciso distinguir competência tributária de outros conceitos que estão interligados.

Em primeiro lugar, criar tributo não significa legislar sobre direito tributário, pois este conceito é mais amplo e envolve diversas situações como obrigações acessórias, procedimentos, prazos para pagamento, que não se incluem na noção de criação de tributo.

Competência tributária não é o mesmo que capacidade tributária ativa. A competência é poder de *criar* tributo, mediante *atribuição legislativa* privativa de ente político. Já a capacidade tributária é o poder de *exigir e fiscalizar* tributos criados, com feição nitidamente *administrativa* (pessoas administrativas de direito público, incluindo autarquias e fundações públicas). Além disso a competência tributária não caduca nunca, ou seja, o legislativo não possui prazo para instituir tributo, diferentemente do que ocorre com a capacidade tributária que pode ser delegada por prazo certo, ou mesmo indeterminado.

Um exemplo que pode clarear as diferenças entre competência tributária e capacidade tributária se encontra no Imposto Territorial Rural. Tal tributo é criado pela União, mas sua receita é dividida entre este ente e o Município em que situado o imóvel, porém, há possibilidade de delegação da capacidade tributária para os Municípios. Em outras palavras, a União pode delegar ao Município a fiscalização e arrecadação do tributo, que ficará com 100% da receita auferida, o que não altera a competência tributária, que permanece com a União. Voltarei a tratar da competência tributária mais à frente, fazendo um paralelo com a lei do Supersimples.

O Poder Público procura aperfeiçoar a fiscalização e arrecadação de tributos, visando à satisfação da sede insaciável por recursos dos particulares. A unificação de arrecadação foi uma das maneiras que o Estado entendeu como adequada para concretizar tais objetivos. Por outro lado, a Constituição Federal prevê tratamento diferenciado, favorecido e simplificado para as pequenas empresas, nos seus artigos 170, IX e 179.

Há um nítido viés de incentivo e proteção às empresas de pequeno porte, mas será que o legislador infraconstitucional ponderou sobre eventual conflito entre tratamento diferenciado *versus* competência tributária?

Destaco uma questão que já foi pacificada perante o Supremo Tribunal Federal: as isenções heterônomas. Trata-se de um instituto em que determinado ente político concede isenção de um tributo que não lhe pertence. Excepcionalmente, a própria Constituição previu esta possibilidade, como no caso do ICMS-exportação, cuja competência tributária pertence aos Estados, porém a União pode isentar tal tributo mediante Lei Complementar.

Ressalvadas as hipóteses constitucionais, e também no caso dos tratados internacionais, em que a União representa o Estado brasileiro (e não apenas a sua pessoa política), a isenção heterônoma é vedada, pois implica em ofensa ao princípio federativo, atacando a competência tributária. A participação exclusiva da União no pólo passivo de demanda, discutindo tributos de outros entes, causa ofensa a este princípio federativo?

O devido processo legal é um princípio geral do direito processual e possui natureza constitucional. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Através deste princípio, decorrem outros subprincípios, que servem para materializar seus comandos. Para o estudo em questão, é importante destacar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A doutrina costumava utilizar como sinônimos tais subprincípios, mas atualmente costuma-se falar que o contraditório é um “fenômeno estrutural e objetivo do processo,

que se materializa no procedimento, pela participação das partes na formação da decisão judicial¹”, e a ampla defesa “exprime a necessidade de uma defesa técnica²”.

Apesar da diferenciação, é inegável que tais princípios estão interligados, pois o exercício da ampla defesa só ocorre através do contraditório. A análise dos princípios constitucionais em conjunto leva à conclusão de que a parte não pode ter direitos restringidos sem que lhe seja dada oportunidade de exercer uma defesa técnica no processo, mediante participação dialética nos atos do processo.

A previsão constitucional de tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, inclusive com unificação de arrecadação, deve ser encarada em conjunto com os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Será que permitir que a União represente judicialmente outros entes federados nos processos judiciais, com extensão da coisa julgada, implica em ofensa aos princípios do devido processo legal?

Este é um conflito aparente que deve ser solucionado a partir da ponderação de valores, privilegiando-se uma das normas constitucionais em detrimento da outra. Existem outras normas que permitem a representação processual, notadamente no processo coletivo, porém, há diferenças cruciais em relação à previsão da Lei do Supersimples, como demonstrarei mais à frente.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, repete o artigo 81 do CPC italiano e dispõe sobre a legitimidade ordinária, explicitando que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio. A parte final do dispositivo permite que direito alheio seja pleiteado por quem não é o titular da relação jurídica, mas exige previsão legal expressa para essa legitimação extraordinária. Será que a norma processual está de acordo com os dispositivos constitucionais da coisa julgada? Além disso, será que vale apenas para o pólo ativo, ou também para o passivo?

É importante destacar as diferenças entre alguns institutos de direito processual que, embora relacionados, possuem conceitos próprios. Em primeiro lugar, a personalidade processual, que é atributo de todos, seja pessoa natural, jurídica, e até mesmo ente despersonalizado. Também conhecida como capacidade para estar em juízo, a personalidade processual é a “aptidão genérica e abstrata para figurar em qualquer processo³”.

Quando um sujeito está incapaz para exercer seus direitos em juízo, deve haver sua representação legal ou orgânica. Neste caso, fala-se em capacidade processual ou *legitimatío ad processum*. Também existe a necessidade de representação técnica, exceto nos casos que a lei afasta, e aí, falamos capacidade postulatória.

Por fim, todo aquele que figura no processo é considerado parte. Quando a parte alega a necessidade de defesa de seus direitos, falamos em legitimidade (*legitimatío ad causam*). Em outras palavras, a legitimidade é a “coincidência, avaliada *in status assertionis*, entre a posição ocupada pela parte, no processo, com a respectiva situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso⁴”.

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo. In: *Revista do Advogado (AASP)*, ano XXVIII, nº 99, p. 64.

² *Ibidem*.

³ ASSIS, Araken de. Substituição Processual. In: *Leituras Complementares de Processo Civil*, org. DIDIER JR., Fredie. 7ª ed., Salvador: Editora Jus Podium, 2009, p. 49-64.

⁴ *Ibidem, idem*.

Liebman entendia a legitimidade como a titularidade da ação, uma condição para a própria existência do direito de formar o processo. Ocorre que a legitimidade é estranha ao mérito, e não condiciona a ação, pois o processo será formado tão logo seja provocado pela parte demandante. Além disso, há algumas situações em que a lei atribui a um terceiro a legitimidade para conduzir o processo, impedindo o verdadeiro titular de exercer o seu direito, como é o caso da Lei nº 6.404/76, que atribui, em seu artigo 68, § 3º, a legitimidade ao agente fiduciário para executar debêntures, cuja titularidade pertence ao debenturista.

Existem várias classificações para a legitimidade. É ordinária, quando há coincidência entre o titular do direito material e o sujeito do processo; extraordinária, quando esta coincidência não existe, porém a doutrina aponta que deve haver uma ligação subsidiária entre o legitimado extraordinário e o direito material envolvido. Quando a lei atribui ao Ministério Público a legitimidade para propor ação de improbidade administrativa, qual o interesse imediato do Ministério Público? Não há necessariamente, mas sempre se buscará atingir a defesa do interesse público (interesse subsidiário e objetivo de atuação do *parquet*).

A legitimidade extraordinária pode ser autônoma ou subordinada. No primeiro caso, o sujeito processual atua em nome próprio, na defesa de interesse imediato que não lhe pertence, porém com objetivo de satisfazer interesse subsidiário, e é chamado tradicionalmente de substituição processual (conceito dado por Chiovenda e ainda em uso). Exemplo clássico da legitimidade extraordinária subordinada está no caso da assistência, simples ou litisconsorcial. O importante é destacar que a legitimidade extraordinária é exceção e, segundo o artigo 6º do CPC, depende de previsão legal.

A legitimidade autônoma ainda pode ser exclusiva ou concorrente. No primeiro caso, só o substituto processual (legitimado extraordinário) pode ingressar com a ação, por exemplo, no caso das debêntures citado acima, em que apenas o agente fiduciário pode ir a juízo; também no caso da ação popular, em que o titular do direito (povo) é indeterminado, mas apenas o cidadão pode ingressar; e, como último exemplo, o caso em análise, que é da União (Fazenda Nacional), como legitimado passivo nas ações do Supersimples.

O CGSN, regulamentando a LC nº 123/2006, repetiu o comando legal e tratou de uma espécie de intervenção processual até então não prevista no ordenamento jurídico nacional: o auxílio que Estados, Distrito Federal e Municípios prestam à União, quando este ente for demandado nas questões envolvendo o Supersimples. Mas qual seria a natureza do auxílio: litisconsórcio ulterior, assistência simples ou litisconsorcial, *amicus curiae*? A doutrina ainda não se manifestou especificamente sobre o tema, porém, analisando a previsão legal, em que há legitimidade exclusiva da União, assemelha-se a um caso de assistência, porém, com uma diferença crucial: mesmo que não preste o auxílio, o ente federado sofrerá os efeitos da coisa julgada.

3. Estado da arte

3.1 O Supersimples Nacional

A Lei Complementar nº 123/06 não foi a primeira legislação ordinária a abordar o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte e microempresas. A Lei nº 7.256/84, anterior à atual Constituição Federal, regulamentava o tratamento diferenciado, favorecido e

simplificado para as pequenas empresas, o que já demonstrava a preocupação do legislador com a importância da atividade econômica desenvolvida por empresas menores, e a consequente necessidade de incentivar as atividades dos sujeitos com menor condição financeira.

A Constituição Federal de 1988 acabou recepcionando a antiga legislação. Posteriormente, surgiram as Leis nº 8.864/94 e nº 9.841/99, esta última revogando expressamente as duas legislações anteriores e instituindo o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Em 1996, a Lei nº 9.317 foi a primeira a regulamentar o tratamento diferenciado e favorecido no âmbito federal. A partir desta norma, vários Estados e alguns Municípios criaram suas leis próprias, visando a um tratamento simplificado das pequenas empresas, mas não havia um tratamento conjunto da matéria entre todos os entes da federação. Isso ocorreu porque Estados e Municípios só poderiam participar da arrecadação unificada mediante convênios específicos com a União.

O grande número de normas existentes podia implicar em situações conflitantes, pois imagine uma empresa situada em São Paulo, que exercia atividades também no Rio de Janeiro, sendo que cada um dos Estados e respectivas capitais possuíam normas próprias, regulamentando a tributação das pequenas empresas.

A Emenda Constitucional nº 42 de 2003, trouxe mudanças importantes para o regime do tratamento diferenciado das pequenas empresas. Em primeiro lugar, inseriu o inciso XXII ao artigo 37 da Constituição, que previu, pela primeira vez, a *administração integrada*:

“XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.”

A mesma Emenda alterou o processo legislativo das normas que viessem a regulamentar o tratamento diferenciado das pequenas empresas. A partir de agora, só mediante Lei Complementar, conforme inciso *d* do artigo 146 da Constituição e seu parágrafo único:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, *d*, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”

A Emenda nº 42/03 também decretou o fim dos regimes especiais de tributação das pequenas empresas até então vigentes, a partir do momento em que a Lei Complementar prevista no artigo 146 entrasse em vigor. Esta é a redação do artigo 94 do ADCT:

“Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, *d*, da Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)”

Embora houvesse normas regulamentando o tratamento diferenciado, só a partir da Emenda Constitucional nº 42/03, o sistema deixou de ser descentralizado, passando a existir a possibilidade de administração integrada e regime único de arrecadação.

A Lei Complementar nº 123/06 surge nesse cenário centralizador de fiscalização, arrecadação e administração tributárias. O artigo 1º da norma traz os principais aspectos decorrentes da centralização, os quais consistem, dentre outros, na apuração e recolhimento dos tributos mediante regime único de arrecadação de todos os entes políticos federados. Em outras palavras, o contribuinte microempresa ou empresa de pequeno porte deve recolher, em um único documento, os tributos decorrentes de sua atividade, cabendo à União repassar a Estados, Distrito Federal e Municípios, os tributos que lhe disserem respeito.

É importante deixar claro que a Lei Complementar não alterou o instituto da competência tributária, o que não poderia ter ocorrido, por se tratar de matéria de índole constitucional. De fato, atribuir a um determinado ente a legitimidade para representar os outros em ações judiciais não significa modificar a competência para instituir leis em matéria tributária. Tal situação constitui ofensa à coisa julgada, assunto a ser tratado agora.

3.2 A coisa julgada e sua extensão subjetiva

A extensão subjetiva da coisa julgada é uma preocupação universal para os processualistas. Focarei o assunto na abordagem do nosso ordenamento jurídico. A primeira parte do artigo 472 do Código de Processo Civil regulamenta, de maneira geral, a eficácia ultrapartes da sentença: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.

O referido Código Processual, de 1973, materializa o princípio constitucional do contraditório, pois não permite que terceiros sejam atingidos por uma decisão judicial da qual não fizeram parte. Ocorre que uma sentença nem sempre traz reflexos apenas para as partes envolvidas na relação processual, mas também para terceiros, aliás, Liebman já se referia à eficácia natural da sentença em relação a terceiros, como comando emanado de autoridade.

A procedência de uma ação reivindicatória de imóvel movida em face de um determinado sujeito, que resida naquele bem com seu filho incapaz, atingirá não apenas o réu, como seu filho, que terá que desocupar o imóvel, mesmo sem ter sido parte no processo. Neste caso, verifica-se que há dois tipos de interesse: o direto, que envolve o réu, e o indireto, que envolve o filho. A doutrina costuma falar em interesse jurídico (direto) e interesse meramente econômico (reflexo).

Outro exemplo é encontrado nas ações possessórias, em que o possuidor direto não fez parte da relação processual: são partes dois sujeitos discutindo um imóvel que já havia sido alienado para terceiro, porém este não providenciou a averbação da alienação no registro de imóveis competente. Diante de várias situações semelhantes, há previsão processual expressa de defesa dos interesses daquele que não participou do processo: os embargos de terceiro.

O direito brasileiro prevê alguns meios de impugnação às decisões que interfiram em relação a terceiros que não participaram da relação processual. Temos a ação rescisória, com todas as limitações decorrentes do rol taxativo, mas também existe a ação declaratória de nulidade da sentença, amplamente defendida pela doutrina, e acatada pela jurisprudência, bem como as impugnações ao cumprimento de sentença e embargos à execução, sem falar nos embargos de terceiro.

O tratamento da coisa julgada no direito brasileiro depende da tutela pleiteada na lide. Com exceção da coisa julgada endoprocessual, que é comum para os diversos tipos de tutela, os efeitos variam entre a tutela coletiva e a tutela individual, quando a primeira não envolve todos os interessados no processo. A Lei da Ação Civil Pública e, principalmente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) são os principais instrumentos legais que tratam sobre o tema.

O Superior Tribunal de Justiça, acolhendo posição doutrinária sobre o tema, resolveu adotar a teoria do microsistema processual coletivo, em que consigna que as diversas leis que tratam sobre tutela coletiva devem interagir entre si, como o CDC, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras (REsp 695.396/RS, 1ª T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.4.11, DJe 27.4.11).

O CDC regulamenta os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. Adotando-se a teoria do microsistema processual coletivo, pode-se afirmar que o Capítulo IV da Lei nº 8.078/90 aplica-se também às demais normas que tratam da tutela coletiva. A redação legal é a seguinte:

“CAPÍTULO IV

Da Coisa Julgada

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Traduzindo a lei, podemos afirmar que a coisa julgada nos processos coletivos pode ocorrer das seguintes maneiras: *secundum eventum litis* e *secundum eventum probatio*. Além disso, deve-se observar o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e o artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, que disciplina a tutela antecipada em face da Fazenda Pública, os quais dispõem sobre o limite territorial da coisa julgada, delimitando os efeitos da decisão à esfera territorial abrangida pela competência do órgão jurisdicional emissor do comando para o caso litigioso. Assim, uma decisão de um juiz do Estado de São Paulo só poderá abranger jurisdicionados deste Estado, por exemplo.

A coisa julgada *secundum eventum litis* pode ter efeitos diferentes, dependendo do resultado da tutela concedida (ou denegada). Assim, quando a sentença é de improcedência, e os direitos envolvidos são difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada para o substituto processual que ingressou com a demanda (ou mesmo para o legitimado coletivo que não participou do processo), mas nunca para os indivíduos que não participaram da lide. Exemplificando, uma ação coletiva movida pelo Ministério Público e determinada associação de consumidores que seja julgada improcedente não prejudicará os consumidores que não participaram diretamente da relação processual, mas tanto o MP, quanto a associação que foi parte, bem como terceira associação que não integrou a relação processual, não poderão propor a mesma demanda.

Caso a sentença seja procedente, três consequências podem surgir: quando os direitos forem difusos (sujeitos indeterminados), ou individuais homogêneos (sujeitos determináveis e direitos definidos, com tratamento coletivo do processo), a eficácia é para todos (*erga omnes*), ou seja, mesmo quem não participou do processo será beneficiado; nos direitos coletivos em sentido estrito, a eficácia será *ultrapartes* (apenas para os indivíduos que integrem determinada classe e possam ser individualizados).

A coisa julgada coletiva também não surte efeitos quando a ação é improcedente, pela falta de provas. Neste caso, tanto o legitimado coletivo (seja substituto processual ou legitimado extraordinário em sentido estrito), quanto o indivíduo, poderão propor nova demanda. Apenas o legitimado extraordinário que propôs a demanda ficará impedido de rediscutir a matéria.

Outro ponto imprescindível para compreensão da coisa julgada nas ações coletivas diz respeito ao sistema de representação adotado na defesa dos interesses dos substituídos. Na Alemanha, o modelo da legitimação coletiva (*verbandsklage*) permite que as associações tenham uma legitimação ativa especial, atuando como sujeito supraindividual, mas agindo em nome próprio, sem defesa dos interesses individuais.

Nosso ordenamento inspirou-se no modelo norte-americano, das *class actions*, porém com algumas restrições: no sistema dos Estados Unidos, há extensão da coisa julgada para terceiros, mas leva-se em consideração a legitimação adequada dos indivíduos, ou seja, o substituto processual tem que representar os substituídos de maneira eficiente, para que a coisa julgada lhes seja estendida. Além disso, há notificação dos indivíduos para que adiram ou optem por não participar da ação coletiva (*right to opt out*).

No Brasil, há possibilidade da coisa julgada coletiva não ser extensível a determinados sujeitos que optem por litigar individualmente defendendo seus direitos. Neste caso, ao tomar ciência da ação coletiva, o indivíduo pode pleitear a suspensão da ação individual, para que aguarde o resultado da demanda coletiva. Caso esta venha a ser procedente, o indivíduo desiste da ação individual e promove a execução do julgado na demanda coletiva; caso improcedente, ele pleiteia a continuidade da ação individual.

Observem que os estudos se concentram na coisa julgada para o pólo ativo, mas tais explicações também merecem aplicação no pólo passivo da demanda.

3.3 A evolução da legitimação passiva até a LC nº 123/2006

Já falamos sobre legitimidade ordinária, extraordinária e substituição processual, e destacamos que a legitimação exclusiva da União nas ações judiciais envolvendo o Supersimples é exemplo de substituição processual. Assim, é fundamental expor os efeitos que a substituição processual traz aos sujeitos integrantes do processo e àqueles que não participaram da lide.

A regra, no nosso ordenamento jurídico, é que apenas o titular do direito material possui legitimidade para ingressar em juízo, e está expressa no artigo 6º do CPC, como já abordado acima. Quando a lei fala em pleitear direito, não se refere apenas ao autor da ação, mas também à parte passiva, pois a parte demandada pleiteia direitos no processo, mesmo que seja para não modificar um *status* vigente. Assim, a legitimação extraordinária é exceção e depende de previsão legal expressa, em ambos os pólos do processo.

Não há outro sentido na norma, principalmente no Brasil, país marcado por uma litigiosidade intensa, com sobrecarga de demandas individuais, o que implica, dentre outras causas, na morosidade da prestação jurisdicional. Incentivar e garantir instrumentos para a coletivização das demandas de massa pode ser um meio de diminuir este retardo.

A previsão do artigo 41 da LC nº 123/06 não é propriamente de legitimação passiva coletiva, e sim, típico caso de substituição processual. Vamos às consequências decorrentes da substituição processual.

A primeira consequência está relacionada ao ônus da sucumbência. Imagine uma ação de repetição de indébito discutindo o Imposto de Renda e o ISS no Supersimples. De acordo com a norma, apenas a União integrará a lide. Suponha que a demanda seja procedente e que a União tenha que repetir a quantia discutida. Não há novidades quanto ao imposto de renda, mas, em relação ao ISS, a União terá que devolver o tributo. Os defensores desta substituição podem dizer que a União se ressarcirá via CGSN, através

de desconto no momento do repasse, o que é um argumento plausível, porém, e a sucumbência processual?

O Município não foi parte, e a União não é titular do ISS, mas terá que pagar custas e honorários advocatícios decorrentes da sua derrota no processo judicial. Seria possível compensar tal ônus via CGSN também? Entendo que a resposta é negativa, decorrente da ausência de previsão normativa.

Além de arcar com ônus que deveria ser repassado a terceiro, a União ainda terá um aumento nas demandas judiciais, o que implicará na necessidade de contratação de mais Procuradores Federais, para defender interesses de outros entes. Estados e Municípios, por sua vez, ficariam livres dos ônus da sucumbência e poderiam até abrir mão de cargos de Procuradores do Estado e do Município, já que as demandas seriam reduzidas sensivelmente.

Percebe-se que o problema da sucumbência traz outro reflexo, que é o aumento do trabalho para os Procuradores Federais, com a consequente diminuição para os Procuradores do Estado e Municípios.

Outra consequência da substituição processual que entendo mais relevante refere-se à eficácia da coisa julgada para o substituto e para o substituído. Voltando aos apontamentos da doutrina sobre interesse direto e indireto no processo, pode-se dizer que o substituído que não participou do processo apenas deixou de ser parte formalmente, pois seu interesse estava sendo representado por um legitimado que possuía interesses naquele direito do substituído, mesmo que indireto.

Exemplificando a afirmação acima, quando a União contesta uma demanda de repetição de indébito envolvendo tributos federais e municipais no Supersimples, verifica-se que a improcedência da ação é do interesse direto da União (substituto), consequentemente, o Município estará bem representado nesta seara.

Ocorre que, adotando-se a teoria do microssistema processual coletivo, a extensão da coisa julgada, sem que seja oportunizado ao Município exercer o contraditório, dependerá da adequada representação da União, e da improcedência da demanda. Caso o pedido seja procedente, e o Município não integre a relação processual, não haverá possibilidade da coisa julgada ser-lhe extensível, pois, como já abordado acima, ofenderia a teoria do *secundum eventum litis*, enxergada a partir da ação coletiva passiva.

A cisão entre sujeito titular do direito material e o sujeito que integra a relação processual, respectivamente substituído e substituto processual, acaba não sendo acolhida pelo microssistema processual coletivo brasileiro, que impõe restrições à extensão da coisa julgada nestes tipos de demanda.

4. Considerações finais

Verificamos que a legitimação extraordinária exclusiva da União nas ações envolvendo o Supersimples não ofende o princípio da Federação, pois a competência tributária não foi afastada.

A legitimidade deixa de ser totalmente exclusiva, quando se permite que os demais entes federados prestem auxílio à União, nos processos em que houver interesse daqueles. Questionamos qual seria a natureza jurídica do referido auxílio, que pode ser entendida como uma espécie de assistência.

O grande problema encontrado no presente estudo refere-se à extensão da coisa julgada a Estados, Distrito Federal e Municípios, quando não prestarem auxílio à União,

o que pode implicar em ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, mais especificamente aos do contraditório e ampla defesa.

Além disso, outros problemas reflexos surgem decorrentes desta legitimação exclusiva: a sobrecarga de trabalho da Procuradoria Federal, em detrimento das Procuradorias dos Estados e Municípios, sem falar no ônus da sucumbência processual para União, mesmo que envolva tributos que não lhe pertencem.

Entendo que a intenção de unificar a arrecadação de tributos é importante, porém, retirar a legitimidade de pessoas jurídicas de direito público talvez não seja a melhor maneira de concretizar este comando, notadamente quando envolve ofensa direta a texto constitucional, o que deverá implicar em questionamentos sobre a legalidade dos dispositivos tratados neste artigo.

5. Referências

ASSIS, Araken de. Substituição processual. *In: Leituras complementares de processo civil*, org. Fredie Didier Jr., 7ª ed., Ed. Jus Podium, 2009, p. 49-64.

BARBOSA, Washington Luis Batista. Lei Complementar nº 123: a Capacidade Postulatória dos Procuradores Estaduais e o Pacto Federativo. *In: Boletim de Direito Administrativo*, vol. 25, nº 3, São Paulo: NDJ, 2009, p. 305-317.

BARROS, Sidney Ferro; SANTOS, Cleônimo dos. Manual do Supersimples. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2009.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 18 fev. 2012, 11h00.

CINTRA, Antônio Carlos de. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, RT: 2003, p. 743-756.

LAVIERI, Aline Paladini Mammana. Dos tributos e contribuições. *In: Comentário à Lei do Supersimples LC 123/06*, Org. Halley Henares Neto, Ed. Quartier Latin, 2007, p. 65-94.

LOUBET, Leonardo Furtado. Bases Jurídico-positivas do simples nacional: contraponto entre as reformas constitucionais, as inovações legais e a organicidade do sistema diante da tendência unificadora da administração tributária. *In: Comentário à Lei do Supersimples LC 123/06*, Org. Halley Henares Neto, Ed. Quartier Latin, 2007, p. 20-25.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Litisconsórcio passivo entre sujeitos ativos tributários no regime do simples nacional. *In: Revista do processo*, ano 34, nº 169, março/2009, p. 141-159.

PIZZOL, Patrícia Miranda. Legitimidade extraordinária e sua abrangência. *In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, nº 25, abr/jul, 1999, p. 157-214.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo. *In: Revista do Advogado (AASP)*, ano XXVIII, nº 99, p. 62-79.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

Mestranda em Direito Internacional Comparado pela Universidade de Samford/EUA – Membro honorário do Instituto dos Advogados do Brasil – Juíza Federal Substituta na 3ª Região.

Resumo: O presente ensaio é baseado em palestra proferida pela autora no “I Seminário Nacional de Direito Penal e Processual Penal na Região Serrana”, realizado em 23 de outubro de 2010, na cidade de Nova Friburgo. O texto traça um panorama geral sobre o surgimento e o estado atual do Tribunal Penal Internacional – TPI para, em seguida, analisar seus procedimentos penais, à vista dos principais sistemas jurídicos contemporâneos. Na sequência, tecem-se algumas considerações sobre a eficácia do TPI e possíveis soluções alternativas de composição de conflitos penais na seara internacional. O objetivo é fomentar, por meio da experiência comparativa, o raciocínio crítico sobre o universo penal e processual penal da atualidade.

I - Justificativa das Cortes Internacionais

Um dos principais pontos que justifica a necessidade e que legitima a existência de uma corte penal permanente de caráter universal deriva das limitações às jurisdições nacionais.

Com efeito, os sistemas internos de persecução penal dos países não se afiguram suficientes à contenção de crimes graves que ofendam a bens jurídicos de mais de uma nação, devido a entraves relacionados à soberania dos demais Estados.

Jurisdição, em sentido lato, envolve três aspectos: o poder de *prescrever* normas criminais, ou seja, de alçar determinadas condutas à categoria de ilícito punível com sanção de caráter penal; o poder de *adjudicar*, ou seja, de submeter pessoas a juízo valorativo sobre as regras anteriormente prescritas e o poder de *executar*, ou de aplicar em concreto as penas abstratamente previstas por ocasião da primeira etapa.

Os Estados soberanos estabelecem a própria competência jurisdicional com base em princípios lógicos e consensuais. O princípio mais comum é o da *territorialidade*, vez que dentro dos próprios limites geográficos o Estado detém força plena de autodeterminação. Em seguida, há o princípio da *nacionalidade ativa*, segundo o qual determinado Estado detém a prerrogativa de punir seus cidadãos, independentemente do local em que cometido o delito. A justificativa do princípio é que compete ao Estado o papel de educar, vigiar e punir seus nacionais. Há ainda o princípio da *nacionalidade passiva*, que atribui a determinado Estado a legitimidade para atuar na persecução criminal de estrangeiro que atente contra um nacional daquele Estado, ainda que o crime tenha sido cometido em território alienígena. Igualmente relevante é o princípio da *proteção*, tendente a acautelar bens sensíveis como a soberania e a segurança do Estado, bem como a regularidade da administração pública. O princípio mais amplo é o da *justiça universal*, que legitima o *jus puniendi* independentemente de elementos de conexão com o Estado, bastando que o crime seja considerado objetivamente incluído em determinado rol. Esse último princípio, embora amplo, é fraco tanto em relação à efetividade quanto em relação à legitimidade perante a comunidade global.

Daí a proposta de criação de uma corte criminal de caráter internacional. A ideia, bastante antiga, surgiu de forma organizada após a 2ª Grande Guerra. Como curiosidade da natureza remota de julgamentos internacionais, alguns doutrinadores sustentam que o primeiro sujeito a ser julgado por uma corte internacional teria sido o herói escocês William Wallace¹, imortalizado no filme “Coração Valente”, de Mel Gibson.

Antes do século XIX as normas de direito penal internacional aplicáveis aos indivíduos eram restritas a crimes de pirataria (reconhecidos como infração internacional desde o século XVI por normas de direito internacional costumeiro), escravidão e a algumas violações a tratados internacionais sobre conflitos armados.

Um dos mais significativos precedentes para a criação de um TPI foi o Tratado de Paz de Versalhes, cujos artigos 227 a 230² expressamente previam a criação de tribunal especial para julgar criminosos de guerra.

O Instituto, porém, cria força com as transformações da sociedade após a Segunda Guerra, particularmente no que tange ao desenvolvimento dos direitos humanos e a correlata necessidade sentida no seio da comunidade global de punir crimes graves que fugiam às regras de jurisdição nacionais.

Imediatamente após o término da Guerra surgiram o Tribunal Militar de Nüremberg (fruto de acordo travado em Londres, em 08/08/45, entre as potências aliadas) e o Tribunal Militar de Tóquio (aprovado em 1946 pelo comando supremo das forças aliadas no extremo oriente).

¹ Sir William Wallace era um líder escocês que lutou contra a tirania inglesa, tendo sido capturado em 1305 e julgado por um tribunal *ad hoc* sob a acusação de ter cometido crimes de guerra.

² “PART VII. PENALTIES.
ARTICLE 227.

The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex- Emperor in order that he may be put on trial.

ARTICLE 228.

The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.

ARTICLE 229.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel.

ARTICLE 230.

The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility”.

Em 1948, na Convenção da ONU para Repressão e Prevenção do Crime de Genocídio, debateu-se a necessidade da criação de um tribunal criminal internacional permanente. Em 1949 foi aprovada a quarta Convenção de Genebra, relativa à proteção dos civis em períodos de Guerra³.

Em seguida, apareceram os tribunais *ad hoc*, como o Tribunal Internacional para o Julgamento dos Crimes contra a Humanidade cometidos no Território da ex-Iugoslávia (conhecido no âmbito internacional pela sigla ICTY), instalado em 1993, e o Tribunal Internacional para julgamento de Crimes contra a Humanidade Cometidos no Território da Ruanda (conhecido no âmbito internacional pela sigla ICTR), instalado em 1994. Essas Cortes foram criadas pelo *Conselho de Segurança* da ONU com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, cujo artigo 39⁴ autoriza a adoção de medidas para o restabelecimento da paz e da segurança internacionais. Já o artigo 29⁵ da Carta confere ao Conselho de Segurança a prerrogativa de criar órgãos necessários ao exercício de suas funções.

Tanto o ICTY quanto o ICTR receberam críticas. Além do alto custo e da baixa efetividade e produtividade, há a questão do vício de origem. Como bem suscitou Slobodan Milosevic por ocasião de sua defesa perante o ICTY, a criação daquele Tribunal, para gozar do atributo de legitimidade internacional, deveria ter sido fruto de decisão da Assembleia das Nações Unidas, não de órgão fracionário como o Conselho de Segurança. Além disso, o caráter *ad hoc* ofenderia o princípio do juiz natural previamente estabelecido.

A comunidade sentiu, então, a necessidade urgente da implementação de uma corte penal humanitária de caráter permanente, capaz de desigular a assimetria de poder inserida entre vítimas e algozes na estrutura estatal.

II - O Tribunal Penal Internacional

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional – TPI foi aprovado em julho de 1998, na Conferência de Roma, por uma maioria de 120 votos a favor (inclusive o do Brasil), 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Entrou em vigor em 01/07/2002, após contar com a ratificação de 60 países.

A Corte, sediada em Haia, possui caráter permanente, embora atue conforme o princípio da subsidiariedade. Tal significa que apenas há ação do TPI quando um Estado-Parte deixa de instalar processo-crime contra violador do Estatuto. Também deve agir quando o Estado, por motivos vários, não possa fazê-lo, ou ainda quando parem suspeitas de que possa haver simulação de julgamento no território do signatário. Há a possibilidade de julgar pessoa que esteja sob jurisdição de Estado que não tenha ratificado o Estatuto, desde que o país aceite submeter seu cidadão ao TPI. Excepcionalmente, há atuação por designação do Conselho de Segurança da ONU⁶.

³ Na mesmo período, foram revisados os textos das três Convenções anteriores, de 1864, 1906 e 1929.

⁴ “CHAPTER VII: ACTION WITH RESPECT TO THREATS TO THE PEACE, BREACHES OF THE PEACE, AND ACTS OF AGGRESSION. Article 39: The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”.

⁵ “Article 29: The Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions”.

⁶ Caso do Sudão, cujo processo contra Omar Al Bashir foi determinado pela Resolução 1593 (2005) do Conselho de Segurança da ONU, havendo 11 votos favoráveis, nenhum contrário e 4 abstenções; uma delas, do Brasil.

O TPI tem competência para julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e crimes de agressão. O Estatuto define os elementos de cada delito.

O delito de agressão, porém, restava indefinido por questões de ordem política. É que consta do capítulo VII da Carta das Nações Unidas que compete ao Conselho de Segurança determinar a existência, ou não, de atos de agressão. Como um dos atributos do TPI é a independência funcional, a Corte temia perder competência ao aceitar delegar a tarefa ao Conselho de Segurança da ONU.

Recentemente, contudo, na conferência de revisão do Estatuto de Roma, realizada entre maio e junho de 2010 em Kampala, na Uganda, houve uma solução conciliatória. Os Estados que fazem parte do Estatuto de Roma concordaram que, a partir de 2017, o Conselho de Segurança da ONU poderá encaminhar os casos de agressão ao Tribunal Penal Internacional para que líderes de todas as nações que tenham cometido esse crime possam ser processados, independentemente de essas nações terem aderido ao TPI ou não. De outra via, se um Estado ou um Procurador do Tribunal de Haia encaminhar um caso de agressão à Corte, terá de consultar o Conselho de Segurança para fins de confirmação da agressão. Se o Conselho de Segurança não chegar a nenhuma decisão depois de seis meses, os juízes do Tribunal Penal Internacional poderão deliberar livremente sobre a questão.

O delito de agressão foi definido como o planejamento, o preparo, o início da execução e a consumação, cometidos por sujeito em posição de controle político ou militar de determinado Estado, de uso de força armada contra a soberania, integridade territorial e independência política de outro Estado cujas características, gravidade e repercussão constituam violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

III - Procedimento e Estrutura

Para preservar o caráter internacional da composição do TPI, há prescrição expressa de que os 18 juízes que integram a Corte sejam de nacionalidades diversas, devendo haver proporção equilibrada entre homens e mulheres.

Todas as discussões havidas no Comitê Preparatório, antes da aprovação do Estatuto do TPI, centravam-se em torno da adoção de um modelo de Tribunal que não refletisse, com preferência, um dos sistemas judiciais predominantes no mundo. Assim, o procedimento a ser encampado pelo Estatuto do TPI não poderia reproduzir exclusivamente os moldes do *Common Law*⁷, tampouco adotar na íntegra as regras de marcha processual conforme o modelo do *Civil Law*⁸. Não havia intenção de criar um sistema híbrido, apenas perseguia-se um conjunto de regras procedimentais que conjugassem princípios de ambos os sistemas.

⁷ O *Common Law* desenvolveu-se a partir de 1066, após a invasão normanda na Inglaterra, quando então houve a fortificação do poder em torno do rei, dissipando a estrutura feudal e reunindo as leis costumeiras que eram comuns. Na essência, não é um direito codificado, vez que baseado no *judge made Law*, forte no método indutivo, que vai criando uma série de precedentes que deverão ser observados no futuro para casos semelhantes. É o sistema adotado pelos Estados Unidos (exceto o estado da Louisiana), Canadá (exceto Quebec), Nova Zelândia, Austrália e membros da *Commonwealth* Britânica (Índia, Nigéria), dentre outros.

⁸ O *Civil Law* tem origem no direito romano, a partir do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Inspirou o direito na Europa continental, decorrente da pretensão Napoleônica de restringir o poder do Judiciário por meio de um emaranhado de leis obrigatórias e vinculantes previamente estabelecidas. É o sistema utilizado pelo Brasil, países da América do Sul, Europa continental, Japão etc.

Na esfera penal, as principais diferenças entre os sistemas *Civil* e *Common Law* situam-se no papel da acusação, no papel do juiz e no método de produção de provas.

Do ponto de vista da acusação, países que adotam o *Common Law* conferem ampla discricionariedade para que o Procurador decida sobre a conveniência ou não da persecução penal. Já países do *Civil Law* tendem a adotar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, quando esta é mitigada por institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, há a necessidade de homologação judicial.

O juiz do *Common Law* deve ser absolutamente inerte em relação à apuração dos fatos. Decide apenas aspectos processuais durante o curso do processo, em homenagem ao sistema acusatório puro adotado. Já no *Civil Law* o juiz tem papel mais participativo, podendo atuar com maior amplitude em busca da “verdade real”.

A produção de provas é mais ampla no *Civil Law* onde os juízes são, em sua maioria, técnicos. É mais restrita no *Common Law*, dada a adoção de júris para a maior parte dos delitos que são, portanto, decididos por juízes leigos. Como exemplo de restrição probatória, a regra costumeira de que “testemunha una é testemunha nula”, a inadmissibilidade de provas indiretas e a exigência de que os fatos sejam *objetivamente* demonstrados “além de dúvida razoável”. Tal se deve justamente ao receio de que juízes leigos não saibam valorar a prova nos moldes de que um técnico é capaz. Já um juiz do *Civil Law* pode, em regra, aceitar o testemunho de uma única pessoa, pode admitir prova indireta e pode decidir o mérito com base em convencimento subjetivo, desde que aponte quais foram os fatos que o levaram a adotar esta ou aquela decisão.

Analisando o Estatuto do TPI depreende-se que a proposta cosmopolita foi em parte alcançada, já que os diversos institutos do Estatuto refletem ora um, ora outro sistema. Há risco, porém, de que alguns dispositivos se apresentem antinômicos em face de outros integrantes do mesmo Diploma, “colidindo” entre si, em razão do hibridismo verificado no texto.

A estrutura do TPI é dividida em três Câmaras: Câmara de Pré-Julgamento, Câmara de Julgamento e Câmara de Apelação.

Compete à Câmara de Pré-Julgamento autorizar o exercício da ação penal. A iniciativa das investigações ficam a cargo de um Procurador, que pode atuar de ofício ou mediante provocação de um Estado signatário, bem ainda por determinação do Conselho de Segurança da ONU. Nesse juízo inicial de admissibilidade da demanda, os Estados têm amplo acesso à Corte para comprovar o pleno exercício da jurisdição doméstica ou justificar a falta. O condicionamento da demanda à análise de sua viabilidade por Câmara diversa reflete princípios do *Common Law* visantes a assegurar a imparcialidade dos julgadores que decidirão o mérito da causa.

Uma vez admitida a acusação a Câmara de Julgamento realizará a instrução processual. A tradição do Tribunal e os julgados dos tribunais *ad hoc* apontam para a ampla admissibilidade de provas: em tese, qualquer evidência pode ser colocada à apreciação dos juízes (técnicos), desde que considerada idônea e relevante para o deslinde da causa. O advogado (que para atuar perante o TPI deve contar com 10 anos, no mínimo, de experiência na área criminal, além de ser fluente em um dos cinco idiomas oficiais – inglês, francês, chinês, russo, árabe e espanhol) poderá propor livremente a estratégia probatória, desde que comprove que o que pretende é relevante e pertinente para sustentar a tese da defesa. Os juízes atribuirão às provas o peso que entenderem em juízo subjetivo, porém motivado. Sob a ótica das provas, percebe-se a clara opção pelo sistema do *Civil Law*.

As quantidades de penas para cada delito não são previamente estabelecidas. Há apenas as espécies de punição e a regra genérica de que o limite da supressão da liberdade individual não deve ultrapassar 30 anos sendo, porém, admitida a pena perpétua em casos

de delitos considerados como de “extrema gravidade”. A Corte não admite julgamento *in absentia* (à revelia). Os delitos, todavia, são imprescritíveis.

A Câmara de Apelação, a quem compete rever a decisão de mérito da Câmara de Julgamento, admite recursos tanto da defesa quanto da acusação (em regra, países do *Common Law* só admitem recurso da defesa).

IV - Críticas e Alternativas

A principal crítica ao TPI é o alto custo de manutenção e a demora na prestação jurisdicional. É que, embora contem os delitos com a característica da imprescritibilidade, fato é que a morosidade influi no sentimento de impunidade.

Como alternativas a uma Corte Internacional Criminal há a experiência dos tribunais híbridos como os Tribunais de Camboja e Serra Leoa, com sede no território do Estado em que cometidos os delitos, mas com composição formada por juízes nacionais e juízes internacionais, com o objetivo de garantir a imparcialidade do julgamento.

No ponto, assinala-se que a ideia de um tribunal internacional possuir sede em território neutro é justamente a de escapar a amarras políticas e a eventuais investidas intimidatórias contra os julgadores. Porém, o fato de a jurisdição ser prestada em local distante dos olhos das vítimas pode gerar baixa eficácia em termos de prevenção geral. Os tribunais híbridos, assim, apresentam as vantagens comparativas de custo menor e maior eficácia, vez que a colheita da prova se dá, em regra, de forma mais célere, além de contribuir para o fortalecimento da jurisdição local, geralmente enfraquecida por conta do conflito. A composição mista de juízes também contribui para que haja um melhor entendimento cultural e histórico da situação, o que, em tese, propicia seja o julgamento mais justo.

Há, ainda, a experiência dos Tribunais Comunitários das Aldeias, ou “Gacacas”, utilizada na Ruanda, que produziu resultados excelentes em termos de composição de interesses. Nas “Gacacas” os anciãos das aldeias reúnem as partes (vítima e agressor) e tentam *mediar* uma solução. O foco é a valorização do sentimento da vítima e a tentativa de re-inserção do criminoso na comunidade, por meio da reconciliação e da busca da justiça com a participação da comunidade, que pode opinar e sugerir penas alternativas.

O grande desafio do Direito Penal Moderno é desenvolver Instituições tendentes à construção de um sistema jurídico que garanta o equilíbrio entre a paz e a justiça, entre a reconciliação e a retribuição, levando em conta que processos culturalmente específicos podem auxiliar na configuração de uma justiça transnacional. Urge harmonizar-se o interesse das vítimas, as quais têm o direito em receber célere e adequada resposta Institucional, com o interesse da comunidade internacional, que se apoia no Direito como instrumento de pacificação social, sem perder-se de vista o direito de os réus serem julgados por meio do devido processo legal.

O Tribunal Penal Internacional, embora não seja a panaceia para as atrocidades humanas, apresenta a vantagem de constituir meio legítimo a garantir as finalidades da política criminal internacional, no que se refere à prevenção geral (ao inibir o agressor ante a ameaça concreta de responsabilização futura) e especial (ao retribuir ao agente o mal causado por meio da imposição de pena). A eficácia da Corte dependerá da correção eficaz de desvios ainda desconhecidos, sem prejuízo da atuação contemporânea rigorosa com vistas a corrigir as falhas já evidenciadas.

- Sobre o Tribunal Penal Internacional, veja também o artigo doutrinário “O Tribunal Penal Internacional”, de autoria da Desembargadora Federal Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, publicado na RTRF3R 41/94.

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002151-69.1994.4.03.6000
(98.03.037147-9)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: TRES RD ENGENHARIA LTDA.
Entidade: FUNDAÇÃO LEGIÃO BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA - LBA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: ApelReex 419887
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA MESMO NOS CONTRATOS CELEBRADOS SEM PREVISÃO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

1. A parte autora foi contratada, por meio de licitação na modalidade convite, para a execução de obra pública, objeto principal do contrato, sob o regime empreitada por preço global, no qual o ajuste se faz por preço certo e total.
2. O fato das cláusulas sexta e décima sétima do referido contrato preverem que caberia à parte autora o pagamento das taxas, contribuições fiscais e impostos, assim como a aprovação de projetos perante as repartições competentes, não deve induzir à falaciosa ideia de que seria também esta a responsável pela regularização da situação do terreno no qual a obra foi executada junto à municipalidade.
3. A irregularidade do terreno sobre o qual estava o prédio da Superintendência da LBA a ensejar a impossibilidade de obtenção do “habite-se” era anterior ao procedimento licitatório e não constava nem do instrumento convocatório, nem do contrato pactuado com a parte autora, razão pela qual não lhe pode ser imposto o ônus pelo retardamento da entrega definitiva da obra, porquanto o “habite-se”, cuja ausência foi a única razão proteladora da aludida entrega, dependia unicamente de providência da própria ré perante a Prefeitura, nos termos do disposto no art. 476, do Código Civil.
4. Igualmente, não há que se falar em proibição de incidência de correção monetária após o fim de vigência do contrato, sob o argumento de que inexistente previsão no respectivo instrumento.
5. A correção monetária é um instrumento jurídico-econômico que tem como finalidade a manutenção do valor da moeda, ante a corrosão causada pelo decurso do tempo e depreciação inflacionária e sua supressão implicaria inegável enriquecimento sem causa do ente público.
6. Sendo de inteira responsabilidade da extinta fundação a regularização do terreno perante as autoridades locais, é obrigação da União Federal, sucessora da aludida entidade, arcar com os valores referentes à atualização monetária e aos juros de mora, devendo a r. sentença recorrida ser mantida nos termos em que proferida.
7. Apelação e à remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de março de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial em ação de rito ordinário, ajuizada com o objetivo de assegurar o direito da parte autora de receber da Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), com quem firmou contrato de execução de obras e serviços de engenharia, o montante referente à terceira parcela de medição da obra, corrigida monetariamente a partir do momento em que comunicou o término da obra, após o cumprimento de todas as responsabilidades que lhe foram atribuídas no contrato em questão, aduzindo que o atraso no recebimento efetivo ocorreu em função da ausência do “habite-se”, providencia esta que caberia tão somente à extinta fundação, sucedida pela União.

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, para condenar a União Federal ao pagamento do *quantum* devido, a ser apurado na forma do art. 604, do CPC, corrigido monetariamente, na forma prevista no contrato e acrescido de juros de mora desde a citação, condenando a ré ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal, alegando, em breve síntese, que a parte autora, quando firmou o contrato com a LBA, assumiu a obrigação de regularizar as questões relativas às licenças e aos alvarás junto à Municipalidade, razão pela qual a presente ação deve ser julgada improcedente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à apelante.

No presente caso, a parte autora foi contratada, por meio de licitação na modalidade convite, para a execução de obra pública, objeto principal do contrato, sob o regime de empreitada por preço global, no qual o ajuste se faz por preço certo e total.

O fato das cláusulas sexta e décima sétima do referido contrato preverem que caberia à parte autora o pagamento de taxas, contribuições fiscais e impostos, assim como a aprovação de projetos perante as repartições competentes, não deve induzir à falaciosa

ideia de que seria também aquela a responsável pela regularização da situação do terreno no qual a obra foi executada junto à Municipalidade.

Nesse sentido, como bem aduziu o r. Juízo *a quo*, a irregularidade do terreno sobre o qual localizava-se o prédio da Superintendência da LBA a ensejar a impossibilidade de obtenção do “habite-se” era anterior ao procedimento licitatório e não constava nem do instrumento convocatório, nem do contrato pactuado com a parte autora, razão pela qual não lhe pode ser imposto o ônus pelo retardamento da entrega definitiva da obra, porquanto o “habite-se”, cuja ausência foi a única razão proteladora da aludida entrega, dependia unicamente de providência da própria ré perante a Prefeitura, nos termos do disposto no art. 476, do Código Civil, conforme transcrição, *in verbis*:

“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

Igualmente, não há que se falar em proibição de incidência de correção monetária após o fim de vigência do contrato, sob o argumento de que inexistente previsão no respectivo instrumento.

Esse é inclusive o entendimento adotado por esta C. Sexta Turma, assim como pela Corte Especial, conforme transcrição dos seguintes precedentes, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PAGAMENTOS EFETUADOS COM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM VALORES JÁ PAGOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 - O descumprimento da cláusula, inserida em contrato administrativo, atinente ao prazo para pagamento das fatura relativas às medições (item 3 da Parte III do Contrato cuja cópia vem acostada às fls. 30 e segs.), uma vez que caracteriza a mora do contratante, impõe sua responsabilidade quanto à correção monetária e aos juros moratórios incidentes sobre os valores quitados extemporaneamente.

2 - Não se incluem entre as cláusulas exorbitantes, próprias aos contratos administrativos, nenhuma capaz de exonerar a Administração do dever de atualizar monetariamente os valores devidos ao contratado, por conta de não terem sido entregues no prazo previsto no próprio contrato celebrado entre as partes. Entendimento reverso, aliás, implicaria em verdadeiro enriquecimento sem causa do ente público, situação inadmissível em nosso Direito.

3 - A correção monetária não importa em acréscimo ou majoração do valor devido, mas sim em mera recomposição do mesmo, em função da perda de poder aquisitivo da moeda decorrente da inflação (galopante à época dos fatos, lembre-se), sendo devida ainda que não haja previsão expressa na lei ou no instrumento contratual. De toda sorte, é de se notar que o art. 56 do Decreto-lei nº 2300/86 (que dispunha, à época, sobre as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal) determinava que cada parte deveria responder pelas conseqüências da inexecução total ou parcial da avença, aí incluída, obviamente, a atualização monetária do pagamento realizado fora do prazo marcado. Precedentes (STJ, 2ª Turma, AGA 200101606071, Rel. Min. Peçanha Martins; STJ, 1ª Turma, REsp 200400969769, Rel. Min. Luiz Fux; TRF - 1ª Região, 3ª Turma, AC 199801000659866, Rel. Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos).

(...)

9 - Apelação não conhecida quanto ao pleito de compensação, e, na parte conhecida, parcialmente provida, assim como a remessa oficial, unicamente para excluir da condenação os índices de 42,72% e 44,80%, mantendo-se, no mais, a r. sentença.”

(TRF3, AC 200103990164680, SEXTA TURMA, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, j. 18/04/2007, DJU DATA: 07/05/2007 PÁGINA: 543)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS. ATRASO NO PAGAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL. SÚMULA 43 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o atraso no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária desde o vencimento da obrigação.

(...)

3. Agravo Regimental não provido.”

(STJ, AgRg no Ag 1033955/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 21/08/2009)

“ADMINISTRATIVO. FIRMA EMPREITEIRA. CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS. PAGAMENTOS EFETIVADOS A DESTEMPO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA MESMO NOS CONTRATOS CELEBRADOS SEM PREVISÃO, EM VIRTUDE DA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA PELA INFLAÇÃO.

1 - NA ESTEIRA DE ITERATIVA JURISPRUDÊNCIA, E DEVIDA A CORREÇÃO MONETÁRIA EM FACE DA MORA, NO PAGAMENTO DE OBRA REALIZADA, MESMO NO CASO DE CONTRATOS CELEBRADOS SEM PREVISÃO.

2 - RECURSO NÃO CONHECIDO.”

(STJ, REsp 86.139/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/04/1996, DJ 03/06/1996, p. 19220)

Com efeito, a correção monetária é um instrumento jurídico-econômico que tem como finalidade a manutenção do valor da moeda, ante a corrosão causada pelo decurso do tempo e depreciação inflacionária e sua supressão implicaria inegável enriquecimento sem causa do ente público.

Portanto, sendo de inteira responsabilidade da extinta fundação a regularização do terreno perante as autoridades locais, é obrigação da União Federal, sucessora da aludida entidade, arcar com os valores referentes à atualização monetária e aos juros de mora, devendo, dessa forma, a r. sentença recorrida ser mantida nos termos em que proferida.

Em face de todo o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000005-84.1996.4.03.6000
(1999.03.99.036187-6)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL - MEX E WASHINGTON GERALDO FRANCISCO DE OLIVEIRA
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: ApelReex 482909
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - PARTICIPAÇÃO EM MISSÃO DE PAZ NO EXTERIOR - UNIÃO FEDERAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - LEI 5.809/72 - APLICABILIDADE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O pedido de auxílio foi dirigido à União Federal e por ela aceito, visto tratar-se da única pessoa jurídica de direito público internacional que representa a República Federativa do Brasil, tendo, inclusive, emitido passaportes diplomáticos (documento emitido exclusivamente pela ré) para todo o contingente que participou da missão de paz (fls. 14), restando clara sua responsabilidade pelo envio de forças militares (seja da União, seja de Estado Membro) em missões de paz realizadas em território estrangeiro.

2. Tendo em vista a responsabilidade da União Federal no envio de policiais militares que atuam como representantes brasileiros em missão de paz, ainda que realizadas sob o comando da ONU, de rigor competir a ela o pagamento das vantagens e retribuições previstas na Lei 5.809/72.

3. Nos termos da legislação aplicável, o fato de se tratar de missão transitória e voluntária não afasta o recebimento dos benefícios pretendidos, sendo, inclusive textualmente incluídas no diploma legal.

4. As verbas recebidas pelo autor em moeda nacional a título de vencimentos deverão ser descontadas, devidamente atualizadas, tendo em vista o disposto no art. 7º da Lei 5.809/72, o qual veda a cumulação de retribuição no exterior com percepção de vencimentos em moeda nacional.

5. No que se refere ao posto ocupado pelo apelante, vê-se pelo documento de fls. 17, que o mesmo foi promovido ao posto de Capitão, a contar de 21 de abril de 1994, devendo receber a remuneração devida ao Posto que efetivamente ocupava, a partir da data da promoção, cujos cálculos serão oportunamente realizados, na fase de execução do julgado.

6. Recursos parcialmente providos. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso interposto pela União Federal, ao recurso do autor

e à remessa oficial, para determinar o desconto das verbas já efetivamente pagas ao autor, a título de remuneração, devidamente atualizada, e que seja utilizado no cálculo o soldo referente ao posto que o militar efetivamente ocupava no período em que participou da missão, mantendo, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de março de 2012.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de remessa oficial e recursos de apelação interpostos pela UNIÃO FEDERAL e por WASHINGTON GERALDO FRANCISCO PINHEIRO DE AMORIM, em ação ordinária condenatória, em que o autor pede que lhe sejam pagas as verbas que entende devidas, em decorrência de sua participação em missão de paz da ONU, realizada em Moçambique, no Continente Africano.

Aduz o autor, em síntese, que, na condição de oficial da polícia militar do estado do Mato Grosso do Sul, participou da citada missão de paz no período de fevereiro de 1994 a dezembro de 1994, sem que recebesse qualquer verba da ré, tendo que sobreviver com as diárias pagas pela ONU, que perfaziam US\$ 135,00 (cento e trinta e cinco dólares).

Cita legislação que determina o pagamento de verbas à participantes de missões no exterior e apresenta os cálculos do que entende que lhe é devido.

Juntou os documentos de fls. 12/18.

A União Federal contestou o pedido (fls. 24/27), aduzindo que a responsabilidade pelo pagamento do soldo ao autor seria do Governo Estadual de origem, o qual seria complementado pelo pagamento de despesas de transporte e de diárias pagas pela ONU, nos termos das mensagens 437 e 438, enviadas pelo Presidente da República ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, motivo pelo qual pede sua exclusão do pólo passivo da ação ou sua total improcedência.

Juntou os documentos de fls. 29/55.

O autor manifestou-se sobre a contestação às fls. 57/56.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 62/68, opinando pela procedência do pedido.

Às fls. 70/76, foi proferida sentença, que reconheceu o vínculo existente entre o autor e a União Federal e julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a União que efetue o pagamento de retribuição básica, gratificação por tempo de serviço, indenização de representação no exterior e ajuda de custo, considerando o posto que o autor ocupava na época da missão no exterior (Primeiro Tenente), na forma da Lei 5.809/72 e Decreto 71.733/73, acrescida de correção monetária e juros de 6% ao anos, partir da citação.

Apela o autor (fls. 79/88), aduzindo que sua participação na missão de paz perdurou de fevereiro/94 até dezembro de 1994, tendo o mesmo sido promovido ao Posto de Capitão em 21/04/1994, motivo pelo qual os cálculos devem ser efetuados em relação ao soldo relativo à patente de Capitão.

Por sua vez a União Federal apresentou razões de apelação às fls. 93/99, onde aduz que:

a) a norma contida na Lei 5.809/72 se aplica, em princípio, aos servidores públicos federais do poder executivo, estando as exceções descritas na própria lei;

b) uma vez que apelado é servidor de Estado Membro, não cabe o pagamento da remuneração, de forma cumulativa, pela União e pelo Estado Membro;

c) caso se entenda aplicável, *in casu*, a Lei 5.802/72, deve-se levar em conta que a vinculação é com o Estado Membro, o qual deverá compor a lide no pólo passivo;

d) os cálculos apresentados pelo autor, que ocupava o posto de Primeiro Tenente à época da missão, não podem ser levados em consideração, uma vez que efetuados com base no soldo de Capitão;

e) o apelado não tem direito à ajuda de custo pois: 1.) participou de missão transitória e não permanente; 2.) movimentou-se à pedido, e não *ex officio*; 3.) recebeu diárias, o que é incompatível com ajuda de custo;

Contra razões por parte do autor, às fls. 104/109.

Feito sujeito ao reexame necessário.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Inicialmente verifico que resta incontroverso o fato de que o autor efetivamente prestou serviços na Missão de Paz realizada pela ONU em Moçambique, no período de fevereiro/94 a dezembro/94.

Tampouco há dúvidas quanto à legitimidade passiva da União Federal na presente relação processual.

Com efeito, vê-se do documento de fls. 12/13 que “o secretariado das Nações Unidas consultou o Governo Brasileiro, sobre a possibilidade de cessão de monitores policiais” para integrarem Operação de Paz, o que foi sucedido de uma consulta pelo Ministério do Exército aos Estados Membros, sobre o eventual interesse por parte de Oficiais das Polícias Militares Estaduais na participação da missão de paz.

Ora, tendo em vista que o pedido de auxílio foi dirigido à União Federal e por ela aceito, visto tratar-se da única pessoa jurídica de direito público internacional que represente a República Federativa do Brasil, tendo, inclusive, emitido passaportes diplomáticos (documento emitido exclusivamente pela ré) para todo o contingente que participou da missão de paz (fls. 14), resta clara sua responsabilidade pelo envio de forças militares (seja da União, seja de Estado Membro) em missões de paz realizadas em território estrangeiro.

Nesse sentido transcrevo o seguinte excerto da r. sentença:

“O artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, dispõe que:

‘Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais’.

A Lei nº 5.809/72 estabelece em seu artigo 1º:

‘Art. 1º Esta Lei regula a retribuição no exterior e dispõe sobre outros direitos dos funcionários públicos e dos militares, em serviço da União no exterior.

.....

§ 2º O disposto nesta Lei se aplica:

.....
c) no que couber aos servidores do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, bem como às pessoas sem vínculo com serviço público designados pelo Presidente da República’.

Assim, o autor enquadra-se entre os beneficiários da lei acima citada, visto que, como policial militar, esteve no exterior, a serviço da União.

Alem disso, como bem afirmou o representante do Ministério Público Federal, o Decreto nº 71.733/73, regulamentador da lei antes transcrita, estabeleceu a competência para o financiamento das verbas de representação no exterior, da seguinte forma:

‘Art. 2º A competência estabelecida neste Decreto para os Ministros de Estado é aplicável ao dirigente de órgão integrante da Presidência da República, ou a ela subordinada, quando se tratar de servidor desses órgãos.

Parágrafo único. No caso de servidores do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, bem como de pessoas sem vínculo com o serviço público, designados pelo Presidente da República, a competência estabelecida se refere ao Ministro a que estiver subordinada ou vinculada a missão ou atividade no exterior, salvo se declarada expressamente a competência no ato da designação’.” (fls. 72/73).

Destarte, tendo em vista a responsabilidade da União Federal no envio de policiais militares para atuarem como representantes brasileiros na missão de paz realizada pelo ONU em Moçambique, de rigor competir a ela o pagamento das vantagens e retribuições previstas na Lei 5.809/72, regulamentada pelo Decreto 71.733/73.

Nesse sentido é a decisão exarada pela Colenda Segunda Turma desta Egrégia Corte, *in verbis*:

“AGRAVO LEGAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. MISSÃO DE PAZ DA ONU. LEGITIMIDADE DA UNIÃO RECONHECIDA. DIREITO À RETRIBUIÇÃO. LEI Nº 5.809/72. CUMULAÇÃO COM VENCIMENTOS REGULARES DO ESTADO EM MOEDA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - Trata-se de pedido de recebimento de diferença entre o que foi efetivamente recebido a título de vencimentos em moeda nacional e o que era legalmente devido, no período em que o autor, policial militar, participou de missão de paz em Moçambique/África, junto à ONU, na função de Observador Policial, no período compreendido entre fevereiro a dezembro/1994. II - É responsabilidade da União Federal o pagamento de remuneração e vantagens previstas em lei devidas aos servidores públicos que realizarem funções no exterior, a seu serviço. Há de ser reconhecida, portanto, a legitimidade passiva do ente público em questão, considerando a sua competência exclusiva para participar de organizações internacionais.

III - Restou documentalmente comprovado nos autos que o autor foi nomeado para participar de missão de paz no exterior e que lá esteve a serviço da União, enquadrando-se, portanto, como beneficiário da Lei nº 5.809/72, fazendo jus à retribuição ali discriminada, composta das seguintes verbas: retribuição básica, gratificação por tempo de serviço, indenização de representação no exterior, ajuda de custo e décimo terceiro salário.

IV - As verbas recebidas pelo autor em moeda nacional decorrentes daquele período, a título de vencimentos regulares do Estado (Polícia Militar do Mato Grosso do Sul), deverão ser descontadas, devidamente atualizadas, com fulcro no artigo 7º da Lei nº 5.809/72, o qual veda a cumulação de retribuição no exterior com percepção de vencimentos em moeda nacional.

V - Agravo legal improvido.” (APELREEX 00009142419994036000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 13/10/2011. FONTE REPUBLICAÇÃO:.)

O mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) - POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO INTEGRANTES DA MISSÃO DE PAZ INTERNACIONAL UNAVEM III EM ANGOLA - DISCIPLINA LEGAL: LEI Nº 5.809/72 - INDENIZAÇÃO POR REPRESENTAÇÃO NO EXTERIOR E AJUDA DE CUSTO - CABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA. - Os servidores públicos integrantes de missão de paz, temporária ou permanente, no exterior encontram-se a serviço da União Federal. Fazem jus à denominada ‘Retribuição no exterior’, composta de retribuição básica, gratificação por tempo de serviço, e indenizações, com previsão na Lei nº 5.809/72. A retribuição básica é definida como o soldo do militar no exterior. Juntamente com a gratificação por tempo de serviço são devidas nos casos em que, no período da missão, tais verbas não tenham sido pagas pelas entidades a que estão vinculados. - Os documentos acostados aos autos comprovam que, no período de permanência em Angola, participando da missão de paz internacional UNAVEM III, os autores continuaram a receber a remuneração a que faziam jus na PMERJ. Descabimento do pagamento da retribuição básica e da gratificação por tempo de serviço no exterior. Indenização por representação no exterior e ajuda de custo devidos. - Não merece prosperar a tese no sentido de que a ajuda de custo, paga pelas Nações Unidas (ONU), exime a UNIÃO FEDERAL do cumprimento de dever estabelecido por lei. - Remessa necessária e Recursos desprovidos.” (AC 200202010078506, Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, TRF2 - SEGUNDA TURMA, DJU - Data: 15/06/2004 - Página: 98.)

“ADMINISTRATIVO. POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. MISSÃO DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS EM MOÇAMBIQUE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LEI Nº 5.089/72. - Trata-se de remessa necessária e apelação da União à sentença que julgou procedente, em parte, o pedido dos autores, para, observada a prescrição quinquenal, receberem pelo período em que estiveram em missão de paz internacional denominada ONUMOZ - Operação das Nações Unidas pela paz em Moçambique, a gratificação por tempo de serviço, a indenização por representação no exterior e a ajuda de custo, nos moldes da Lei 5.089/72, tudo corrigido. - Não há dúvida que a União Federal é legítima para figurar no pólo passivo da demanda, tendo em vista sua competência exclusiva para participar de organizações internacionais. - Não pode a ré se

eximir do pagamento da remuneração relativa à Lei nº 5.089/72, que dispõe exatamente sobre o presente caso em questão, ou seja, a retribuição e direitos do pessoal civil e militar em serviço da União no exterior, que, conforme o artigo 1º, § 2º, 'c', será aplicado aos servidores estaduais, no que couber. - Apelação da União Federal improvida e remessa não conhecida." (AC 200002010507469, Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA, TRF2 - PRIMEIRA TURMA, DJU - Data: 22/01/2002)

Nos termos da legislação aplicável e, ainda com esteio nos entendimentos acima transcritos, cumpre afirmar que a fato de se tratar de missão transitória e voluntária não afasta o recebimento dos benefícios pretendidos.

Contudo, as verbas recebidas pelo autor em moeda nacional a título de vencimentos deverão ser descontadas, devidamente atualizadas, tendo em vista o disposto no art. 7º da Lei 5.809/72, o qual veda a cumulação de retribuição no exterior com percepção de vencimentos em moeda nacional.

No que se refere ao posto ocupado pelo apelante, vê-se pelo documento de fls. 17, que o mesmo foi promovido ao posto de Capitão a contar de 21 de abril de 1994, devendo receber a remuneração relativa ao Posto que efetivamente ocupava, a partir da data da promoção, cujos cálculos serão oportunamente realizados, na fase de execução do julgado.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pela União Federal, ao recurso do autor e à remessa oficial, para determinar o desconto das verbas já efetivamente pagas ao autor a título de remuneração, devidamente atualizada, e que seja utilizado o soldo referente ao posto que o militar efetivamente ocupava no período em que participou da missão, nos termos acima expostos.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0007626-21.1999.4.03.6100
(1999.61.00.007626-8)

Apelante: YOUNG SHIL PARK KIM
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1227679
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/03/2012

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. APREENSÃO DE MOEDA ESTRANGEIRA. ART. 65, § 3º, DA LEI 9.069/1995. PERDA DE VALORES EXCEDENTES A R\$ 10.000,00. CABIMENTO.

1. Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa por não haver dilação probatória, na medida em que a presente ação trata exclusivamente de matéria de direito, consubstanciada no exame da legislação pertinente e da documentação trazida nos autos.
2. Nos termos do art. 65, da Lei 9.069/1995, o ingresso ou a saída de moeda estrangeira do território nacional em valores acima de R\$ 10.000,00, somente poderão ser realizados a partir de transferência bancária. E, caso tal regra não seja observada, haverá a perda do valor excedente a esse limite.
3. A própria autora, em suas razões de apelação, claramente afirma que tentou sair do território nacional portando US\$ 30.000,00.
4. A apreensão do valor pela Alfândega brasileira foi efetuada nos exatos termos do art. 65, da Lei 9.069/1995, não havendo que se falar em arbitrariedade ou ilegalidade.
5. Não se está discutindo a origem da quantia amealhada pela autora, mas sim a circunstância da pretensão de deixar o território nacional portando valor superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 sem a intermediação de instituição financeira, procedimento este vedado pelo art. 65, da Lei 9.069/1995.
6. Precedentes do STJ.
7. 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, 01 de março de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Trata-se de apelação em ação ordinária ajuizada por Young Shil Park Kim, em que se pleiteou a liberação de US\$ 21.550,00, apreendidos pela Polícia Federal quando embarcava para a Coréia do Sul em 27/7/1997.

Alega que o valor apreendido corresponderia a US\$ 30.000,00 e que teria conseguido restituir administrativamente R\$ 10.000,00, equivalente a US\$ 8.450,00. Aduz que tal quantia teria sido adquirida por ajuda de parentes da Coréia, que ingressaram no país carreando valores inferiores ao permitido pela Portaria SRF 61/1994, o que os desobrigavam de declarar perante a Alfândega. Contudo, por motivo de doença de seu pai, a requerente estava embarcando para Seul com todo esse numerário, momento em que foi interceptada por agentes da ré. Defende que, por se tratar de dinheiro legítimo e de origem definida, não poderia ser apreendido e, ainda, que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XV, assegura o direito de qualquer pessoa ingressar ou sair do território brasileiro com seus bens.

Na sentença, o MM. Juízo Singular julgou improcedente o pedido, argumentando que a autora não teria feito prova da origem dos valores apreendidos, bem como não declarou que os transportava, descumprindo, assim, a legislação em vigor. Condenou-a ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apela a autora aduzindo, em preliminar, o cerceamento de defesa, na medida em que o Magistrado Singular julgou antecipadamente o feito, obstando-a de produzir a prova testemunhal requerida tempestivamente. No mérito, repisou os argumentos da petição inicial.

Regularmente intimada, a União apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença.

Processado o feito, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Inicialmente, afasto a preliminar de cerceamento de defesa por não haver dilação probatória, na medida em que a presente ação trata exclusivamente de matéria de direito, consubstanciada no exame da legislação pertinente e da documentação trazida nos autos.

Passo, assim, à análise do mérito.

O ingresso no país e saída de moeda estrangeira encontram-se regulados no art. 65, da Lei 9.069/1995, *in verbis* (grifos nossos):

“Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º *Excetua-se do disposto no caput* deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
III - quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º O Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes do Presidente da República, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre os limites e as condições de ingresso no País e saída do País da moeda nacional.

§ 3º *A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.*”

Nos termos do citado dispositivo legal, o ingresso ou a saída de moeda estrangeira do território nacional em valores acima de R\$ 10.000,00, somente poderão ser realizados a partir de transferência bancária. *E, caso tal regra não seja observada, haverá a perda do valor excedente a esse limite.*

In casu, a própria autora, em suas razões de apelação, claramente afirma que tentou sair do país portando US\$ 30.000,00, conforme se verifica do seguinte trecho (fls. 118, grifos nossos):

“(...) 14. Conforme relatado na exordial, com o passar do tempo a requerente com a ajuda de parentes conseguiu juntar a importância de US\$ 30.000 (trinta mil dólares), mas por motivo de doença de seu pai que seria submetido a uma cirurgia, *a requerente estava embaçando para a cidade de Seul, levando o dinheiro para ajudar no custeio do tratamento medido de seu pai (...).*”

Destarte, a apreensão do valor pela Alfândega brasileira foi efetuada nos exatos termos do art. 65, da Lei 9.069/1995, não havendo que se falar, portanto, em arbitrariedade ou ilegalidade.

Ademais, dos US\$ 30.000,00 apreendidos, consta dos autos que foi realizado procedimento para a devolução do valor equivalente a R\$ 10.000,00, na data do fato, sendo certo que a autora recebeu o valor de US\$ 8.400,00 (fls. 10).

Em casos análogos, assim já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA A SAÍDA DE MOEDA ESTRANGEIRA. PENA DE PERDIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 65, § 3º, DA LEI 9.069/1995.

1. Controverte-se a respeito do montante abrangido pela pena de perdimento, aplicada em razão da tentativa de remessa física de moeda estrangeira para fora do País.

2. *In casu*, a recorrente teve decretado o perdimento do valor de G 280.800.000,00 (duzentos e oitenta milhões e oitocentos mil guaranis), que estava sendo transportado para o Paraguai em carro forte.

3. O Tribunal *a quo* manteve a autuação do Fisco porque o art. 65, *caput*, da Lei 9.069/1995 prevê expressamente que a saída de moeda estrangeira do País, será processada exclusivamente por transferência bancária, para identificação do cliente ou do beneficiário.

4. *A aplicação da penalidade de perdimento está prevista no § 3º, que preceitua: ‘A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional’.*

5. *A legislação em análise, no aludido § 1º, excepciona da irregularidade a entrada ou saída da moeda nacional ou estrangeira que corresponder a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

6. *Nota-se, portanto, ser necessário converter a moeda estrangeira para aquela em curso no País, na data da infração, de modo que a sanção somente seja aplicada ao quantum superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

7. *Recurso Especial provido.”*

(REsp 1.206.869/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 28/6/2011, DJe de 1º/9/2011, grifos nossos)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO E PERDIMENTO DE NUMERÁRIO EXCEDENTE A R\$ 10.000,00. ART. 65 DA LEI Nº 9.069/95. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ANÁLISE DO MÉRITO.

(...)

3. *Cinge-se a controvérsia em saber se a norma que impõe a pena de perdimento do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a entrada e saída do país de moeda nacional ou estrangeira, sem transferência bancária ou porte de remessa de valores, pode receber análise discricionária.*

4. *Na hipótese sub examine, cidadão russo, servidor do Consulado da Rússia no Rio de Janeiro, ao ser flagrado com US\$ 33.000,00 (trinta e três mil dólares) no Aeroporto Internacional do Galeão, no Rio de Janeiro, sem a devida Declaração de Porte de Valores teve os valores apreendidos, o quais posteriormente foram objeto de impugnação administrativa que restou indeferida (Processo Administrativo Fiscal nº 10715.004020/2007-31).*

5. *Com efeito, do que se extrai da legislação aplicável ao caso (art. 65 da Lei 9.069/95 e Instrução Normativa nº 619/2006), verifica-se que o legislador consignou de modo inequívoco que o ingresso e a saída do país de moeda nacional e estrangeira serão processados através de transferência bancária ou Declaração de Porte de Valores pela internet; e que (§ 3º) a não observância desta determinação acarretará, sem prejuízo das cabíveis sanções penais e após o devido processo legal, a perda do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em moeda estrangeira, em favor do Tesouro Nacional.*

6. *Assim, diferentemente do entendido pela Corte a quo, não se pode invocar em favor do recorrido eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade ante a proveniência lícita dos valores, pois a pena de perdimento dos valores excedentes a dez mil reais não foi aplicada em função da licitude de sua origem, mas sim em razão da saída do país de moeda estrangeira não declarada.*

(...)”

(EDcl no AgRg no REsp 1.139.928/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 19/10/2010, DJe de 26/10/2010, grifos nossos)

Pondero, por fim, que como foi a própria recorrente que atestou que a sua conduta foi contrária aos ditames normativos, é desnecessária, de fato, qualquer produção de prova testemunhal, na medida em que não se está discutindo a origem da quantia por ela amealhada, mas sim a circunstância da pretensão em deixar o território nacional portando valor superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 sem a intermediação de instituição financeira, procedimento este vedado pelo art. 65, da Lei 9.069/1995.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0009416-06.2000.4.03.6100
(2000.61.00.009416-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: ASSUNÇÃO FRANCA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 937048
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2012

EMENTA

MILITAR. OPERAÇÕES DE FRONTEIRA. ACIDENTE. AGRAVAMENTO DE QUADRO PSIQUIÁTRICO SOB SITUAÇÃO DE EXTREMO ESTRESSE. REFORMA.

1. Contexto geral da instrução, com depoimento do Perito Médico Judicial, evidenciando que o quadro psicopatológico do autor, que permaneceu nas fileiras do Exército por cinco anos, não passaria despercebido.
2. Agravamento do quadro psicopatológico do autor em decorrência das atividades militares desenvolvidas na fronteira com a Colômbia, em situação de extremo estresse e efetiva preparação para eventual combate.
3. Conquanto o laudo pericial não tenha asseverado que os males que vitimam o autor tenham se estabelecido com o acidente em si, verifica-se que a parte autora exercia as atividades de soldado em área elevadamente estressante, em fronteira, sob risco e em constante estado de alerta para eventual combate. Aplicação do disposto no artigo 436 do Código de Processo Civil.
4. Instrução homogênea, ficando suficientemente demonstrado que a parte autora teve deflagrado um intenso agravamento de seu estado psíquico por força das circunstâncias em que o serviço militar estava sendo prestado na época em que o acidente ocorreu.
5. “É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o militar acometido de doença incapacitante será reformado independentemente do nexos causal entre a doença e a atividade militar exercita, com direito a receber proventos com soldo equivalente ao posto imediatamente superior ao que ocupava quando na ativa, conforme dispõe a Lei nº 6.880/80”. (STJ, AgRg no Ag 819.354/RJ, DJ 21.05.07, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).
6. Danos morais caracterizados. Agravamento à custa de ansiedade, angústia, medo, insegurança.
7. Como efeito da pensão vitalícia decorrente da reforma, com atrasados, em grande parte se exaure a pretensão reparadora. Por isso ressoa razoável e adequado o montante de R\$ 12.000,00 fixado na sentença para os danos morais suportados.
8. Agravo interposto pela União da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. A concessão de efeitos da tutela na sentença já se acha amplamente sedimentado no E. Superior Tribunal de Justiça, não existindo dano porquanto sob eficácia a partir da efetivação da reforma determinada no *decisum*.
9. Apelação da União improvida. Remessa oficial improvida. Recurso adesivo não provido. Agravo da União prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma do Projeto Mutirão Judiciário em Dia da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo da União, negar provimento à apelação da União, ao recurso adesivo e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2012.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de ação proposta por ex-militar objetivando a condenação da União em danos materiais e morais, além de reforma com pensão vitalícia, em decorrência de acidente sofrido durante serviço militar ao ensejo da derrubada de uma árvore que o atingiu, advindo-lhe patologias que o reduzem à incapacidade absoluta.

A sentença recorrida julgou procedente a lide e condenou a União a reformar o apelado, mais atrasados sob correção e índices indicado e, finalmente, indenização por danos morais fixados em R\$ 12.000,00.

O apelado interpôs recurso adesivo buscando a revisão do valor da condenação em danos morais.

A União agravou da concessão de antecipação dos efeitos da tutela na sentença proferida.

Com contrarrazões da União e do apelado, vieram os feitos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator):

Trata-se de ação proposta por ex-militar objetivando a condenação da União em danos materiais e morais, além de reforma com pensão vitalícia, em decorrência de acidente sofrido durante serviço militar ao ensejo da derrubada de uma árvore que o atingiu, advindo-lhe patologias que o reduzem à incapacidade absoluta.

O intento recursal da União tem por fundamento primaz a prova pericial realizada, que apontou origem congênita dos males que vitimam o autor. Tal dilação técnica abrangeu conclusão conjunta de três médicos de diferentes especialidades, após exame do autor.

A sentença analisou o contexto geral da instrução, tomando por base, em grande parte, o depoimento do Perito Médico Judicial. Assim o fez considerando que o quadro patológico do autor, que permaneceu nas fileiras do Exército por cinco anos, não passaria despercebido e, pelas alterações disciplinares ocorridas, evidenciava-se por si mesmo. Finalmente, o convencimento do Juízo Monocrático repousa no agravamento do quadro psicopatológico do autor em decorrência das atividades militares desenvolvidas na fronteira com a Colômbia, em situação de extremo estresse e efetiva preparação para eventual combate.

De efeito, conquanto o laudo pericial não tenha asseverado que os males que vitimam o autor tenham se estabelecido com o acidente em si, verifica-se que a parte autora exercia as atividades de soldado em área de serviço, vale repisar com toda a ênfase e como destacado na sentença, elevadamente estressante, em fronteira, sob risco e em constante estado de alerta para eventual combate. Assim, cabe a aplicação do disposto no artigo 436 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos constitutivos apresentados nos autos a respeito da incapacidade da parte autora e, o que é particularmente relevante para a causa, o seu agravamento e redução à plena e irrecuperável incapacidade para o serviço.

Eis que a instrução é homogênea, inclusive com os esclarecimentos prestados pelo Vistor Judicial, ficando suficientemente demonstrado que a parte autora teve deflagrado um intenso agravamento de seu estado psíquico por força das circunstâncias em que o serviço militar estava sendo prestado na época em que o acidente ocorreu. A queda da árvore, reduzindo o autor ao recolhimento em hospital, apenas demarcou e desnudou, paralelamente aos danos fisiológicos advindos, o estado de deficiência psíquica a que, com mais este episódio de medo e dor, foi irremediavelmente lançado.

“É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o militar acometido de doença incapacitante será reformado independentemente do nexo causal entre a doença e a atividade militar exercita, com direito a receber proventos com soldo equivalente ao posto imediatamente superior ao que ocupava quando na ativa, conforme dispõe a Lei nº 6.880/80”. (STJ, AgRg no Ag 819.354/RJ, DJ 21.05.07, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)

No que concerne aos danos morais advindos do evento, os fundamentos expressos na sentença de primeiro grau são claros e suficientes. O agravamento do quadro psíquico do autor não se estabeleceu, no transcorrer do tempo, senão à custa de ansiedade, angústia, medo, insegurança, cenário potencialmente comum para os que se embalam no sopé da rígida hierarquia militar, *a fortiori* no já bem destacado palco de perigos que a fiscalização de fronteiras atacadas enseja.

Especificamente em relação ao *quantum* indenizatório, de se ver que o edito monocrático delineou de forma completa a recomposição material devida ao autor, pelo que, como efeito da pensão vitalícia decorrente da reforma, com atrasados, em grande parte se exaure a pretensão reparadora. Por isso ressoa razoável e adequado o montante fixado na sentença para os danos morais suportados.

Finalmente, por não se ter dado desfecho ao agravo interposto pela União da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional como proferido na sentença, de se destacar que os fundamentos ali expendidos pela União não merecem acolhida. De fato, como bem expresso na decisão que denegou efeito suspensivo, a concessão de efeitos da tutela na sentença já se acha amplamente sedimentado no E. Superior Tribunal de Justiça, não existindo dano porquanto sob eficácia a partir da efetivação da reforma determinada no *decisum*.

Face ao exposto, nego provimento ao apelo da União, ao recurso adesivo do autor, à remessa oficial e julgo prejudicado o agravo da União.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

- Sobre a concessão de indenização por danos morais em caso de acidente de militar em serviço, veja também os seguintes julgados: AC 2001.03.99.037244-5/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 62/228; AC 1999.03.99.114755-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, publicada RTRF3R 85/301 e AC 0000488-10.2007.4.03.6007/MS, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 110/86.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0003379-98.2002.4.03.6000
(2002.60.00.003379-7)

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS
Apelada: MARIA HELENA DOS SANTOS SINOTTI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: AMS 264155
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/03/2012

EMENTA

SERVIDOR. NOMEAÇÃO FEITA POR FORÇA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSTERIOR REVOGAÇÃO POR SENTENÇA DENEGATÓRIA. APOSENTADORIA OBTIDA DURANTE TAL LAPSO TEMPORAL. ANULAÇÃO. INADMISSIBILIDADE.

1. A impetrante, após 21 (vinte e um) anos de exercício no cargo de professora da rede estadual de ensino, foi nomeada por força de liminar para o exercício do cargo de professora da UFMS, de modo que, após 5 (cinco) anos de exercício, preencheu os requisitos constitucionais então exigidos e obteve aposentadoria naquele cargo.
2. Não se pode olvidar que a denegação do mandado de segurança torna sem efeito a liminar anteriormente concedida (STF, Súmula nº 405). Esse entendimento, porém, deve ser mitigado em certos casos nos quais o prolongamento da vigência do provimento jurisdicional precário implica a consolidação de certas relações jurídicas secundárias. É o que se verifica no caso, em que durante o intervalo de quase 7 (sete) anos entre a concessão da liminar e a denegação da segurança a impetrante logrou recolher as contribuições previdenciárias relativas ao cargo de professora da UFMS, vindo a completar o tempo necessário para a obtenção da aposentadoria naquele cargo.
3. A impetrante viu-se forçada a pedir exoneração no cargo de professora da rede estadual de ensino, não parecendo lógico penalizá-la com a perda de sua aposentadoria após longo tempo à espera do provimento jurisdicional definitivo. Entendimento diverso implicaria desprover a impetrante de benefícios previdenciários e sujeitá-la ao retorno à atividade laboral, o que não parece ser a solução mais adequada em virtude da sua idade avançada e da situação consolidada sob o amparo da decisão liminar.
4. Reexame necessário e apelação não providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de março de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS contra a sentença de fls. 121/125, proferida em mandado de segurança impetrado por Maria Helena dos Santos Sinotti, que concedeu a segurança para restabelecer a aposentadoria que havia sido anulada pela Portaria nº 73, de 15.02.02, do Reitor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.

A apelante alega, em síntese, que:

a) a impetrante foi nomeada para o cargo de Professora de Educação Física da UFMS por força de liminar concedida no Mandado de Segurança nº 95.03.003239-3;

b) a sentença concessiva de segurança proferida naquele *mandamus* foi reformada por acórdão transitado em julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

c) a cassação da sentença pelo Tribunal implicou a nulidade da nomeação e da posse da apelada, não podendo o seu tempo de serviço ser contado para aposentadoria (fls. 132/144).

Intimada, a parte contrária não apresentou resposta (fl. 148).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação (fls. 150/156).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): A apelada Maria Helena dos Santos Sinotti impetrou o Mandado de Segurança nº 95.03.003239-3 com vistas à sua nomeação no cargo efetivo de Professora da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (fls. 37/42).

Concedida a liminar em 21.12.93 (fl. 43), o Reitor daquela instituição de ensino editou a Portaria nº 81, de 28.01.94, que deu cumprimento à ordem judicial e nomeou a apelada para o cargo de Professor, Classe Auxiliar, Nível 1, em regime de dedicação exclusiva (fl. 30).

Confirmada a liminar por sentença, a FUFMS interpôs recurso de apelação em 07.10.94 (fls. 77/82), o qual foi provido por acórdão proferido pela Terceira Turma deste Tribunal em 23.08.00 e transitado em julgado em 06.12.01 (fls. 69/76 e 66).

Entre a concessão da liminar e o julgamento da apelação, porém, a apelada cumpriu os requisitos para sua aposentadoria, que foi concedida pela Portaria nº 381, de 23.06.98, do Reitor da UFMS (fl. 29).

Em cumprimento ao acórdão proferido por este Tribunal, o Reitor da UFMS anulou as portarias de nomeação e aposentadoria da apelada (fls. 28 e 30), que, irresignada, impetrou este mandado de segurança com vistas ao restabelecimento de sua aposentadoria.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a ordem sob o fundamento de que o ato de anulação da aposentadoria da impetrante constitui caso de revogação, com efeitos *ex nunc* (fls. 121/125).

Não merece reparo a sentença recorrida.

A questão debatida nestes autos cinge-se aos efeitos de liminar concedida para nomeação em cargo de provimento por concurso público. No caso, a impetrante, após 21 (vinte e um) anos de exercício no cargo de professora da rede estadual de ensino, foi

nomeada por força de liminar para o exercício do cargo de professora da UFMS, de modo que, após 5 (cinco) anos de exercício, preencheu os requisitos constitucionais então exigidos e obteve aposentadoria naquele cargo.

Não se pode olvidar que a denegação do mandado de segurança torna sem efeito a liminar anteriormente concedida (STF, Súmula nº 405). Esse entendimento, porém, deve ser mitigado em certos casos nos quais o prolongamento da vigência do provimento jurisdicional precário implica a consolidação de certas relações jurídicas secundárias.

É o que se verifica no caso, em que durante o intervalo de quase 7 (sete) anos entre a concessão da liminar e a denegação da segurança a impetrante logrou recolher as contribuições previdenciárias relativas ao cargo de professora da UFMS, vindo a completar o tempo necessário para a obtenção da aposentadoria naquele cargo.

A impetrante viu-se forçada a pedir exoneração no cargo de professora da rede estadual de ensino, não parecendo lógico penalizá-la com a perda de sua aposentadoria após longo tempo à espera do provimento jurisdicional definitivo. Entendimento diverso implicaria desprover a impetrante de benefícios previdenciários e sujeitá-la ao retorno à atividade laboral, o que não parece ser a solução mais adequada em virtude da sua idade avançada e da situação consolidada sob o amparo da decisão liminar.

Confira-se, a esse respeito, o parecer apresentado pelo Ministério Público Federal:

“Com efeito, a liminar estabeleceu um vínculo precário entre a Administração e o servidor (impetrante). Trata-se a liminar, sabidamente, de ato processual passível de revisão, e que uma vez não concedida a segurança a final, deve ser considerada como revogada, com efeitos *ex tunc*.

Nesse contexto, é coerente admitir que o impetrante assume os riscos da impetração e da eventual revogação da liminar. Sob esta ótica, seria aparentemente lógico que, revogada a liminar que determinou a nomeação da impetrante, fosse, conseqüentemente, anulada a sua aposentadoria. Vale dizer, o vínculo jurídico da aposentadoria, surgido durante a precária vigência da relação funcional com a Universidade, deveria ser anulado.

No caso concreto, porém, alguns elementos adicionais devem ser considerados. Em primeiro lugar, que a atual discussão não diz respeito à manutenção do vínculo que fora discutido no outro *mandamus*, mas sim à consolidação dos efeitos de NOVA RELAÇÃO JURÍDICA que surgiu DURANTE a produção de efeitos da liminar.

Como se sabe, vários são os requisitos para a obtenção da aposentadoria no serviço público, tais como tempo de serviço e atual investidura em função pública (art. 186, inciso III, Lei nº 8112/90). No caso sob análise, ao tempo da concessão da aposentadoria, a impetrante preenchia esses requisitos.

Ademais, a posterior anulação da sua investidura não implica em afastar todos os efeitos da relação precária que vigorou. A anulação visa desfazer os efeitos principais do ato; no caso, a nomeação e posse da impetrante. Porém, os efeitos secundários ou decorrentes não são cancelados. Por exemplo, não serão anuladas as notas atribuídas pela Professora aos seus alunos. Tampouco será a impetrante obrigada a devolver os vencimentos que percebeu, pois efetivamente laborou e contribuiu para o serviço público.

(...)

Não parece adequado, portanto, que em decorrência de uma lógica cartesiana sejam preteridos alguns princípios gerais do direito. A impetrante, embora ciente da precariedade de seu vínculo com o Poder Público federal, se aposentou através de ato lícito, fruto de uma relação jurídica que se protaía no tempo, até mesmo excessivamente. (fls. 152/153)”

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao reexame necessário e à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0001068-69.2010.4.03.6125
(2010.61.25.001068-4)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 166/169
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 1675930
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2012

EMENTA

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO PAS. ART. 36 DA LEI 4.870/1965. HIPÓTESE DE ATUAÇÃO VINCULADA DA ADMINISTRAÇÃO, EM QUE NÃO HAVIA MARGEM PARA ANÁLISE DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

1. A controvérsia travada nos autos diz respeito às disposições dos artigos 36 e 37 da Lei 4.870, de 01.12.1965, cuja finalidade, segundo o Ministério Público Federal, seria a de promover assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social à categoria de trabalhadores da agroindústria de cana-de-açúcar, considerando a precariedade das condições de trabalho a que estes se submetem.

2. O dispositivo do art. 36 da Lei 4.870/1965 foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que seu escopo é atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana, do direito à saúde, bem como à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente de contribuição à seguridade social. A obrigação dos produtores de cana, açúcar e álcool de aplicarem uma porcentagem da receita em benefício dos trabalhadores deriva do princípio da solidariedade, o qual orienta o Sistema da Seguridade Social.

3. O fato de não mais existir preço oficial para açúcar, cana ou álcool também não é suficiente para afastar a procedência do pedido formulado pelo Ministério Público Federal, pois, na ausência de fixação de preço pelo governo (preço oficial), nada impede que a alíquota prevista no art. 36 da Lei 4.870/65 recaia sobre o preço atualmente praticado.

4. Sendo a União coordenadora do PAS (*vide* art. 37 da Lei 2870/1965) e sucessora do IAA, não resta dúvida de que deve ser atribuída à Administração Pública Direta, isto é, à União, a responsabilidade pela fiscalização da implementação do aludido Programa, independentemente de o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) ter sido extinto.

5. É sabido que a discricionariedade administrativa permite ao administrador que, na multiplicidade de situações fáticas, escolha, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. Contudo, a hipótese dos

autos era de atuação vinculada da Administração, em que não havia margem para análise de conveniência e oportunidade, de modo que o papel da r. sentença proferida nesta Ação Civil Pública foi, simplesmente, o de restaurar a ordem jurídica, tendo o r. Juízo *a quo* agido dentro dos limites da legalidade a que se restringe a atuação do Poder Judiciário.

6. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 19 de março de 2012.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo (fls. 185/194), previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, interposto pela UNIÃO em face da decisão monocrática (fls. 166/169) que negou seguimento à apelação, esta interposta em face da r. sentença (fls. 110/116 e 128/130) em que o Juízo Federal da 1ª Vara de Ourinhos - SP julgou procedente a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (*vide* fls. 02/11), a fim de condenar a UNIÃO a promover a efetiva fiscalização da Destilaria Mello Ltda., por meio da Associação Rural dos Fornecedores e Plantadores de Cana - CANAUSSU, quanto ao cumprimento da obrigação instituída na Lei nº 4.870/1965, vale dizer, quanto à aplicação dos recursos do PAS (Plano de Assistência Social).

Alega-se, em síntese, que “eventual atuação do MAPA (União) quanto à fiscalização do PAS está, agora (porquanto impossível o implemento deste programa por falta de recursos), adstrita ao seu poder discricionário (quando não é considerada atividade ilegítima e desprovida de base legal, por isso afastada pelo Poder Judiciário), seara na qual inadmissível o controle judicial da Administração, sob pena de ofensa ao princípio de separação de poderes (CF, art. 2º)” - fl. 188 v. Aduz-se que a base de incidência do PAS era o preço oficial do açúcar, cana e do álcool, de modo que essa exigência teria perdido seu fundamento, por não mais existir preço oficial (fl. 190 v.). Afirma-se que, diante da controvérsia no âmbito do Poder Judiciário acerca da subsistência ou não da exigibilidade das contribuições previstas no art. 36 da Lei 4.870/1965, seria legítima e lícita a conduta omissiva da União de deixar de fiscalizar enquanto aguarda o desfecho dessa questão (fls. 189 e 190). Alega-se, ainda, que, sendo a competência dos agentes públicos definida em lei, seria descabida a determinação de que a UNIÃO se valha de estrutura já existente para desempenhar a fiscalização do PAS, sob pena de violação ao princípio da legalidade (fls. 191 v./194).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática ora agravada (fls. 166/169), cujos principais trechos, por oportuno, passo a destacar:

“(…)

A controvérsia travada nos autos diz respeito às disposições dos artigos 36 e 37 da Lei 4.870, de 01.12.1965, cuja finalidade, segundo o Ministério Público Federal, seria a de promover assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social à categoria de trabalhadores da agroindústria de cana-de-açúcar, considerando a precariedade das condições de trabalho a que estes se submetem:

(…)

Compartilho do entendimento, já adotado em alguns julgados desta E. Corte, de que o dispositivo do art. 36 da Lei 4.870/1965 foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que seu escopo é atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana, do direito à saúde, bem como à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente de contribuição à seguridade social. A obrigação dos produtores de cana, açúcar e álcool de aplicarem uma porcentagem da receita em benefício dos trabalhadores deriva do princípio da solidariedade, o qual orienta o Sistema da Seguridade Social.

Atente-se, ainda, que o fato de não mais existir preço oficial para açúcar, cana ou álcool também não é suficiente para afastar a procedência do pedido formulado pelo Ministério Público Federal, pois, na ausência de fixação de preço pelo governo (preço oficial), nada impede que a alíquota prevista no art. 36 da Lei 4.870/65 recaia sobre o preço atualmente praticado.

(…)

O fato de o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) ter sido extinto não torna o pedido juridicamente impossível. Sendo a União coordenadora do PAS (*vide* art. 37 da Lei 2870/1965) e sucessora do IAA, não resta dúvida de que deve ser atribuída à Administração Pública Direta, isto é, à União, a responsabilidade pela fiscalização da implementação do aludido Programa.

A apelante alegou que a opção de fiscalizar ou não a aplicação dos recursos do PAS (Plano de Assistência Social) pelas empresas que exploram o ramo de atividade da agroindústria de cana-de-açúcar estaria dentro da esfera da discricionariedade da Administração, de modo que a determinação contida na r. sentença significaria uma violação ao princípio da separação de poderes.

É sabido que a discricionariedade administrativa permite ao administrador que, na multiplicidade de situações fáticas, escolha, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

Contudo, a hipótese dos autos era de atuação vinculada da Administração, em que não havia margem para análise de conveniência e oportunidade, de modo que o papel da r. sentença impugnada foi, simplesmente, o de restaurar a ordem jurídica, tendo o r. Juízo *a quo* agido dentro dos limites da legalidade a que se restringe a atuação do Poder Judiciário.

(…)”.

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo.

É o voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

- Sobre a elaboração, execução e fiscalização do Plano de Assistência Social (PAS) para os trabalhadores industriais e agrícolas da agroindústria canavieira, veja também o seguinte julgado: AC 0013251-44.2005.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 108/251.

MANDADO DE SEGURANÇA
0013142-03.2010.4.03.0000
(2010.03.00.013142-0)

Impetrante: NIVALDO NUNES DE OLIVEIRA (incapaz)
Representante: SUELI HELENA DA SILVA NUNES DE OLIVEIRA
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: MS 322906
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/03/2012

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR FEDERAL INATIVO. TRANSTORNO BIPOLAR DE HUMOR. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PERMANENTE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. ALEGAÇÃO DE QUADRO DE ALIENAÇÃO MENTAL. INTEGRALIZAÇÃO DOS PROVENTOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E MÉRITO.

1. Caso em que impugnado, por mandado de segurança contra o Presidente desta Corte, o ato de indeferimento do pedido de revisão de aposentadoria por invalidez de servidor federal, pretendendo o impetrante a equiparação do diagnóstico de transtorno afetivo bipolar e transtorno de ansiedade generalizada à alienação mental, para que assim, caracterizada doença grave, sejam integralizados os proventos de sua aposentadoria por invalidez permanente, nos termos dos artigos 186, § 1º, da Lei 8.112/90 e 40, § 1º, I, da CF (com redação anterior à EC 41/03), com restituição dos retroativos, e declarada sua isenção para o imposto de renda (artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88).

2. A preliminar de ilegitimidade do Presidente da Corte, em relação ao primeiro pedido, relativo à isenção fiscal do imposto de renda, deve ser acolhida, nos termos das informações e parecer ministerial, pois, realmente, como ex-servidor da Justiça Federal, e não deste Tribunal, a atribuição administrativa para tratar da questão do enquadramento fiscal dos rendimentos do contribuinte, como fonte pagadora e responsável tributária, é do Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária a que vinculado o servidor, sendo competência da autoridade impetrada apenas a verificação, com informes e subsídios da Diretoria do Foro, e a concessão do ato de aposentadoria, pelo que, nestes estritos termos, é que se admite o exame do mandado de segurança, em face da Presidência da Corte.

3. No mérito, quanto ao segundo pedido, relativo à revisão do ato de inativação, dispõe a Constituição Federal que a aposentadoria por invalidez permanente, antes como depois da EC 41/2003, apenas é integral se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (antes artigo 40, I; e agora artigo 40, § 1º, I, CF). Coube à Lei 8.112/1990 indicar como sendo graves, contagiosas ou incuráveis, para fins de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, as seguintes doenças: “tuberculose ativa, *alienação mental*, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia

irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada” (artigo 186, § 1º, com grifos nossos).

4. Embora tenha havido interdição civil, esta ocorreu não porque o autor fosse portador de “alienação mental”, mas por diagnóstico de transtorno bipolar do humor, o que jamais foi negado na instância administrativa federal. O laudo oficial, em que fundada a sentença de interdição, foi evasivo quanto ao quadro de “alienação mental”, explicando porque a sentença limitou-se a reconhecer o “transtorno bipolar do humor”, doença mental ou psiquiátrica, sem o estado especial de “alienação mental”. Ofícios e certidão, expedidos pela Vara Estadual, não podem alterar o conteúdo da sentença proferida na ação de interdição, a qual, ademais, não pode interferir nem desconstituir ato praticado pela Administração Federal, sujeita à jurisdição federal. Cabe, com efeito, de forma absoluta à Justiça Federal, e não à Estadual, julgar legalidade do ato de aposentadoria de servidor federal, inclusive enquadramento no perfil patológico exigido à percepção de proventos integrais por invalidez permanente.

5. Os relatórios e declarações médicas juntados pelo impetrante, indicando quadro de alienação mental, foram produzidos de forma unilateral, objetivando impugnar laudos oficiais e administrativos, em que, por duas vezes, perante diferentes juntas médicas, uma da Justiça Federal e outra desta Corte, atestou a incapacidade laboral do impetrante por “transtorno bipolar de humor”, com proventos proporcionais.

6. A Classificação Internacional de Doenças, CID-10, publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), indica que o código F31.9 refere-se ao quadro de “transtorno afetivo bipolar não especificado”, sem enquadramento ou equiparação com o quadro clínico de alienação mental. Os atestados médicos particulares juntados, indicando o CID-10 F31.9 e fazendo correlação com o quadro de alienação mental, não são idôneos para desconstituir os laudos elaborados por juntas médicas oficiais, e menos ainda para provar a existência de direito líquido e certo. A CID-10 não prevê código específico para “alienação mental”, aliás sequer faz referência ao diagnóstico, o que, por certo, ocorre porque, conforme destacou avaliação médica no PA 2006.03.0214-CJF3R: “segundo explicita a doutrina, a alienação mental não constitui, de fato, uma doença em seu sentido estrito, mas um estado cuja constatação depende, antes de tudo, de um diagnóstico médico específico e afirmativo, que primeiro reconheça a existência de uma moléstia e depois, principalmente, a sua conformação à hipótese legalmente estabelecida”.

7. A Portaria 1.675, de 06 de outubro de 2006, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Recursos Humanos, invocada pelo impetrante, que “estabelece orientação para os procedimentos operacionais a serem implementados na concessão de benefícios de que trata a Lei 8.112/90 e Lei 8.527/97, que abrange processos de saúde, e dá outras providências”, e institui o “Manual para os Serviços de Saúde dos Servidores Civis Federais”, vigente à época da aposentadoria impugnada (22/01/2007), prescreve que: “Alienação Mental é um estado de dissolução dos processos mentais (psíquicos) de caráter transitório ou permanente (onde o volume de alterações mentais pode levar a uma conduta antisocial), representando risco para o portador ou para terceiros, impedindo o exercício das atividades

laborativas e, em alguns casos, exigindo internação hospitalar até que possa retornar ao seio familiar. Em geral estão incluídos nesta definição os quadros psicóticos (moderados ou graves), como alguns tipos de esquizofrenia, transtornos delirantes e os quadros demenciais com evidente comprometimento da cognição (consciência, memória, orientação, concentração, formação e inteligência).”

8. Como se observa, a alienação mental não é característica de toda e qualquer doença psiquiátrica, sequer configura patologia específica, mas reflete o estado específico de “alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e de realidade, bem como a capacidade de entendimento e de autodeterminação, tornando o indivíduo inválido total e permanentemente para qualquer trabalho” (Portaria 797 MPOG, de 22/03/2010).

9. Mesmo considerando os critérios normativos indicados pelo próprio impetrante, verifica-se que o “transtorno afetivo bipolar não especificado”, CID-10 F31.9, não é necessariamente caso de alienação mental, considerando que, segundo a Portaria MPOG 1675, de 06/10/2006: “São necessariamente casos de Alienação Mental: m) estados de demência (senil, pré-senil, arterioesclerótica, luética, coréica, doença de Alzheimer e outras formas bem definidas); n) psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos; o) paranóia e a parafrenia nos estados crônicos; p) oligofrenias graves”. Por outro lado, conforme tal ato normativo e ainda de acordo com a Portaria MPOG 797, de 22/03/2010, para que haja alienação mental as psicoses afetivas, mono ou bipolar, devem ser “comprovadamente cronificadas e refratárias ao tratamento”, exibir “elevada frequência de repetição fásica”, ou ainda conduzir a “comprometimento grave e irreversível de personalidade”.

10. Os documentos juntados pelo impetrante não são suficientes, à luz da orientação indicada, para comprovar a situação médico-legal de “alienação mental”, pois houve apenas referência genérica a tal quadro, o que poderia, quando muito, suscitar dúvida em relação ao diagnóstico, porém sua resolução não se faria, em tese, a favor dos laudos particulares, em prejuízo à presunção própria dos atos oficiais; nem se faria, em concreto, através da via estreita própria do mandado de segurança, manifestamente imprópria para avaliar quadro médico e definir diagnóstico correto em caso de objetiva divergência de opiniões médicas.

11. Diante do quadro firmado nos autos, conclui-se que a decisão de indeferimento da revisão de aposentadoria do impetrante tem amparo em fundamentos jurídicos e elementos técnicos para afastar a cogitação de violação a direito líquido e certo, não se tratando, portanto, de ato abusivo ou praticado com vício de ilegalidade reconhecível no plano do mandado de segurança, cabendo lembrar que tal sentir foi igualmente adotado pelo parecer ministerial, que se firmou pela denegação da ordem.

12. Extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação ao primeiro pedido e, quanto ao segundo, denegação do mandado de segurança.

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, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva para extinção do processo sem resolução do mérito quanto ao pedido de revisão do enquadramento tributário dos proventos do impetrante; e, quanto

ao pedido de revisão do ato de concessão da aposentadoria de proporcional para integral, denegar o mandado de segurança, sendo que o Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA acompanhou o relator pela conclusão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de março de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de mandado de segurança, impetrado contra ato do Presidente desta Corte que, perante o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, indeferiu o pedido de revisão de aposentadoria por invalidez de servidor federal, pelo qual pretendia a concessão de proventos integrais, reconhecendo-se incapacidade, por alienação mental, a partir de 14/06/2003, para sujeição ao regime constitucional anterior à EC 41/2003 e pagamento de atrasados, inclusive declaração de isenção do imposto de renda por força do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/1988.

Alegou o impetrante que: (1) “foi declarado incapaz para a prática de qualquer ato da vida civil, em 15.08.2006 (doc. anexo), haja vista ser portador de Alienação Mental, por Sentença Judicial transitada em julgado, prolatada nos autos nº 3159/2008, que tramitou pela egrégia 1ª Vara Cível da cidade e comarca de São José do Rio Preto - SP”, mas que o pedido de revisão da aposentadoria para integralização de proventos, concedidos proporcionais, foi negado “em razão da não conformação da hipótese aos termos do artigo 190, da Lei nº 8.112/90” (alienação mental), o que contrariou ofício expedido em 2007 pelo Juízo da interdição, “competente para apreciar o estado civil de pessoas”; (2) tem direito à aposentadoria por invalidez com proventos integrais e paridade com servidor da ativa, e isenção do imposto de renda, nos termos dos artigos 186, I, da Lei 8.112/1990, 40, I, da CF - sem as alterações da EC 41, de 19 de dezembro de 2003, porque posterior ao diagnóstico (14/08/2003) e ingresso no serviço público -, 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, e conforme atestados médicos juntados e jurisprudência, acrescentando que “a portaria MPOG Nº 1675/2006 considera o Transtorno Bipolar do Humor, devido à sua severidade - risco para o paciente e outros, como Alienação Mental”; e (3) tais valores possuem natureza alimentar, “imprescindíveis para o tratamento de sua doença, o qual supera seus rendimentos atuais, pois a alienação mental exige rigoroso acompanhamento clínico de psicóloga, psiquiatra, neurologista, cardiologista e diversos outros mais e vigilância intensiva feita por auxiliares no âmbito doméstico, tendo em vista que, ainda, a moléstia, por sua própria natureza, é grave e causa agressividade, compulsões diversas, além de ganho excessivo de peso e a necessidade de utilização de psicotrópicos que causam ao Impetrante diminuição de décadas em sua expectativa de vida”.

A inicial veio instruída com cópia da certidão de interdição (f. 17); sentença e intimação (f. 19/21); peças do PA 08601/2006-NURE (2006.03.0214-CJF3R) e ato de inativação, por invalidez permanente e proventos proporcionais ao tempo de contribuição (f. 22/8); decisão do Juízo da interdição que, atendendo pedido, oficiou à DRF e Justiça Federal (f. 29/35); informações e pareceres do PA 2006.03.0214-CJF3R e respectivo indeferimento da revisão da aposentadoria (f. 36/50); e atestados, declarações e relatórios médicos (f. 51/8). Emendou-se a inicial para juntada de cópia de laudos de avaliações médicas no âmbito interno da Justiça Federal (f. 65/72).

A liminar foi indeferida (f. 85).

A Presidência da Corte prestou informações, acolhendo parecer da Diretoria-Geral e destacando que: (1) foi sobrestado o feito, quanto à isenção de imposto de renda, até final decisão da revisão da aposentadoria, negada porque o rol do artigo 186, § 1º, da Lei 8.112/1990 é taxativo, não incluindo a doença do impetrante, a despeito da sentença de interdição e considerado que o regime anterior à EC 41/03 apenas seria aplicável se, à época, houvesse direito adquirido pela “caracterização, desde então, da invalidez permanente para o exercício de função pública, e não o mero acometimento pela doença que, por fim, viria a se agravar, anos após, a ponto de resultar nessa situação”; (2) ainda existe recurso administrativo pendente de decisão, após a impetração do *writ*; (3) a autoridade impetrada é ilegítima para responder pelo pedido de isenção de imposto de renda, conforme artigo 4º, IV, “f”, da Resolução/CJF 79/2009; (4) as três perícias médicas concluíram pela confirmação do diagnóstico originário, descartando a hipótese de alienação mental; (5) na sentença de interdição e laudo da perícia, no âmbito da Justiça Estadual, não houve reconhecimento do diagnóstico de alienação mental, sendo que o ofício, expedido a pedido do impetrante, constituiu “elemento alheio à apreciação do referido feito”; e (6) “mesmo após seguidas avaliações clínicas por parte da Junta Médica Oficial, o que resultou em inúmeras concessões de Licença para Tratamento de Saúde e respectivas prorrogações, a Junta Médica indicou a data de 31/03/2006 como de início de invalidez, negando, expressamente, que a doença que ensejou a aposentadoria tivesse o condão de incapacitar o ex-servidor definitivamente (ou pelo menos com efeitos além de circunstanciais) para o exercício de função pública antes disso”, impedindo, assim, a aplicação das regras anteriores à EC 41/2003 (f. 89/95, e documentos à f. 96/104).

A Procuradoria Regional da República opinou, em preliminar, pela ilegitimidade passiva da autoridade impetrada para o pedido de isenção fiscal e, no mérito, pela denegação da segurança.

Com base no Ato 10.777/2011 da Presidência desta Corte, o feito foi redistribuído, vindo-me conclusos em 02/12/2011.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, a impetração discute o direito líquido e certo à revisão de aposentadoria de servidor federal, por invalidez permanente e com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, objeto do Ato 8.369, de 22 de janeiro de 2007, da Presidência desta Corte (f. 28).

A preliminar de ilegitimidade do Presidente da Corte, em relação ao pedido de isenção fiscal do imposto de renda, deve ser acolhida, nos termos das informações e parecer ministerial, pois, realmente, como ex-servidor da Justiça Federal, e não deste Tribunal, a atribuição administrativa para tratar da questão do enquadramento fiscal dos rendimentos do contribuinte, como fonte pagadora e responsável tributária, é do Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária a que vinculado o servidor, sendo competência da autoridade impetrada apenas a verificação, com informes e subsídios da Diretoria do Foro, e a concessão do ato de aposentadoria, pelo que, nestes estritos termos, é que se admite o exame do mandado de segurança, em face da Presidência da Corte.

No mérito, a questão da aposentadoria por invalidez permanente, antes como depois da EC 41/2003, apenas é integral se decorrente de *acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável*, na forma da lei (antes artigo 40, I; e agora artigo 40, § 1º, I, CF).

Coube à Lei 8.112/1990 indicar como sendo graves, contagiosas ou incuráveis, para fins de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, as seguintes doenças: “tuberculose ativa, *alienação mental*, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada” (artigo 186, § 1º, com grifos nossos).

Sustentou o impetrante que sofre de transtorno bipolar e tal doença configura alienação mental, por três motivos: primeiro porque a sentença na ação de interdição civil reconheceu o seu estado de alienado mental, conforme provas produzidas, tanto que expedido ofício com tal teor à Justiça Federal; segundo porque “a portaria do MPOG nº 1675/2006 considera o Transtorno Bipolar do Humor, devido à sua severidade - risco para o paciente e outros, como *Alienação Mental*”; e terceiro porque declaração de psiquiatra e atestados de neurologista e psicóloga confirmam que é portador de alienação mental.

Examinemos cada um dos fundamentos destacados na impetração.

Primeiro, a sentença de interdição civil não afirmou, como alegado, a existência de quadro de alienação mental, referiu-se apenas, baseada em prova pericial, que não foi juntada aos autos, à conclusão de que o autor é portador de transtorno bipolar do humor (f. 19/20), diagnóstico que jamais foi negado pela Administração Judiciária Federal.

A sentença de interdição, de 15/08/2006, apresentou, sucintamente, a seguinte fundamentação: “O laudo médico pericial demonstrou e concluiu ser o interditando portador de transtorno bipolar do humor, condição que compromete total e irreversivelmente sua capacidade de gerir a vida civil e administrar seus bens (fls. 85). A conclusão pericial deve ser acolhida, acarretando o deferimento do pedido, mesmo porque o interrogatório realizado confirmou a conclusão do laudo pericial. Pelo exposto, julgo procedente a ação, para declarar a interdição de Nivaldo Nunes de Oliveira, casado, [...], para todos os atos da vida civil, com base no artigo 1.767, inciso I, do Código Civil” (f. 19/20).

Em que pese o laudo médico produzido naquela instância judicial não ter sido juntado aos autos, fez-se referência ao seu teor nas informações junto ao PA 2006.03.0214-CJF3R, *verbis* (f. 45/6):

“[...]”

Em sua avaliação, o perito auxiliar do Juízo relatou que o servidor, ao exame psíquico, demonstrou ‘discernimento quanto à sua doença’. Em seguida, declarou que o periciando é portador de ‘quadro de transtorno bipolar de humor’ (...) correspondente, nas lides juspsiquiátricas, a uma ‘doença mental’ (fls. 228/232). Continuou, constatando que ‘a patologia do interditando é passível de pleno controle’, fazendo-se necessária ‘a adequação da psicofarmacoterapia a que o examinando vem se submetendo’, para concluir, in fine, pela incapacidade do periciando, sua duração está ‘condicionada ao controle de sua doença’.

Veja-se ainda, que o Ministério Público, atuante naqueles autos judiciais, ao apresentar ao Juízo o rol de quesitos que desejava ver respondidos pelo perito, lançou questão específica para perquirir, verbis, se o ‘paciente acha-se em estado de alienação mental’ (cópia às fls. 215). Em resposta, o perito judicial entendeu por bem reportar-se ao seu próprio relatório (‘Síntese, Considerações e Conclusões’, cópia às fls. 230/232), cuja essência mencionamos no parágrafo anterior.”

Note-se que o laudo oficial referiu-se a “doença mental” no sentido de “doença psiquiátrica”, tanto assim que, ao ser indagado, de forma específica, sobre a existência de quadro de “alienação mental”, o perito judicial foi evasivo, não afirmando a ocorrência da hipótese, o que explica o próprio fato da sentença limitar-se ao reconhecimento do diagnóstico de “*transtorno bipolar do humor*”, doença mental ou psiquiátrica, sem adotar o entendimento de que o autor sofreria de “alienação mental”.

Na esfera administrativa, inconformado com o ato de concessão de aposentadoria com proventos proporcionais, o impetrante peticionou nos autos da ação de interdição, perante a Justiça Estadual, sustentando que a Secretaria da Receita Federal e o Núcleo de Recursos Humanos da Justiça Federal de 1º Grau de São Paulo negaram eficácia à sentença de interdição e que a Portaria/MPOG 1.675/06 equiparou sua moléstia à “alienação mental”, motivo pelo qual caberia comunicar a tais órgãos que “a interdição deu-se em virtude de ‘Transtorno Bipolar’, ‘Alienação Mental’, CID. F31.9”.

O Ministério Público Estadual, “tendo em vista os documentos juntados às fls. 115/123, bem como atento ao laudo pericial elaborado às fls. 82/89”, não se opôs ao pleito do impetrante, que restou deferido, com a expedição de ofícios que comunicaram: “a aposentadoria do interdito Nivaldo Nunes de Oliveira do quadro dos servidores da Justiça Federal deu-se em virtude de ‘transtorno bipolar’, ‘alienação mental’, CID F31.9, conforme se depreende das cópias anexas da declaração e do relatório médico, bem como da sentença proferida nos autos” (f. 29/35). Observe-se que, à exceção da sentença de interdição, nada foi juntado aos autos, especialmente quanto aos documentos citados na cota ministerial e nos ofícios correlatos.

Assim, considerando o conjunto probatório do presente mandado de segurança, o que deve prevalecer, na hipótese de divergência, não são os ofícios ou a certidão, mas a própria sentença de interdição, no que fundamentou e julgou o pedido, reconhecendo o “*transtorno bipolar do humor*”, mas não a “alienação mental”.

Tanto assim que o ofício expedido, a pedido do impetrante, sequer teve caráter ordenatório, apenas comunicou que “a aposentadoria do interdito NIVALDO NUNES DE OLIVEIRA do quadro de servidores da Justiça Federal deu-se em virtude de ‘transtorno bipolar’, ‘alienação mental’, CID F.31.9” (f. 34). Todavia, como visto, a equivalência ou equiparação, que constou de tal ofício, sequer retratou a situação jurídica especificamente decidida na sentença de interdição, daí porque o seu caráter meramente informativo a pedido exclusivo do interessado.

Ainda que assim não fosse, cabe realçar que a discussão do ato administrativo federal não foi objeto da ação de interdição, nem poderia caber tal controvérsia no Juízo Estadual, dada a competência material e absoluta da Justiça Federal para examinar a legalidade do ato de aposentadoria de servidor federal, inclusive o enquadramento no perfil patológico exigido à percepção de proventos integrais por invalidez permanente.

O segundo fundamento do pedido de revisão vincula-se à referência genérica, pelo impetrante, ao que disporia a Portaria MPOG 1675/2006. Porém, trata-se de mera alegação e, como tal, não serve a amparar a pretensão, deduzida aqui contra situação fática concreta e adversa, e juridicamente apurada segundo o devido processo legal. A situação disciplinada por tal ato administrativo, e seus efeitos no caso concreto serão examinados adiante, no curso do presente voto.

Por fim, alegou o impetrante que declaração e atestados provariam a alienação mental, exigida pelo artigo 186, § 1º, da Lei 8.112/1990 c/c artigo 40, § 1º, I, da redação vigente da Constituição Federal, para fins de aposentadoria por invalidez permanente com proventos integrais.

O primeiro profissional, médico psiquiatra, elaborou relatório no sentido de que o impetrante é portador de CID F31.9, tecnicamente “transtorno bipolar afetivo não identificado” (f. 53), depois acrescentando que se trata de “quadro mental que sugere, do ponto de vista jurídico, uma ‘alienação mental’” (f. 54). A segunda profissional, neurologista, fez histórico de diagnósticos dados ao impetrante para atestar a necessidade de afastamento do trabalho, indicando CID F31.9 e CID F32.2, este classificado como “epi-sódio depressivo grave sem sintomas psicóticos” (f. 55), afirmando que se trataria de “alienação mental” (f. 58). A última profissional, psicóloga, confirma o quadro classificado na CID F31.9, como óbice à retomada de atividades profissionais, indicando “sintoma de alienação mental” (f. 57).

A divergência, apontada pelo impetrante, a partir de declaração e de atestados, produzidos unilateralmente, aludindo a quadro de “alienação mental”, objetiva impugnar laudos oficiais, produzidos administrativamente.

Com efeito, submetido à avaliação própria por junta médica da Justiça Federal, o impetrante teve diagnóstico, em 31/03/2006, de “transtorno afetivo bipolar e transtorno de ansiedade generalizada, sem perspectivas de retorno ao trabalho no momento, apesar de haver completado dois anos de licença para tratamento de saúde”, sendo, a partir daí, proposta aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais (f. 67/8), o que veio a ocorrer com o ato datado de 22/01/2007 (f. 28).

Houve, então, pedido administrativo de revisão, quando submetido o impetrante à nova avaliação médica pela junta médica da Justiça Federal, que, em 22/02/2008, assim concluiu: “Em 31 de março de 2006, emitimos parecer [...] por diagnóstico de transtorno bipolar de humor e transtorno de ansiedade generalizada, fato que gerou sua aposentadoria proporcional ao tempo de serviço por não se tratar de caso de alienação mental, confirmado por perícia especializada - psiquiatria - em 19/12/2005. Na atual avaliação de revisão de aposentadoria realizada em 22 de fevereiro de 2008, mantivemos o mesmo parecer. Devido à divergência de entendimento quanto à saúde mental do servidor, solicitamos que se verifique a obrigatoriedade de acatar a decisão da Justiça Estadual e considerar o servidor como ‘alienado mental’. Caso não se vincule essa decisão aos atos administrativos desta Justiça Federal, sugerimos que o servidor seja avaliado em caráter recursal por JUNTA MÉDICA composta integralmente por médicos psiquiatras” (f. 69).

Foi realizada nova perícia pela junta médica desta Corte, datada de 13/03/2009, que concluiu pela “presença de transtorno afetivo bipolar c/c transtorno de ansiedade generalizada e a ausência de ‘alienação mental’”, opinando-se “pelo indeferimento do pedido devido à não caracterização do paciente como portador de moléstia constante do rol das doenças graves elencadas no Art. 186, § 1º, da lei 8112/90” (f. 71).

Após informação e parecer no PA 2006.03.0214-CJF3R, o pedido de revisão foi negado pela Presidência da Corte, em 10/12/2009, “em razão da não conformação da hipótese aos termos do artigo 190, da Lei nº 8.112/90”, com envio dos autos à junta médica para fixação do termo inicial da moléstia do impetrante (f. 36/50).

Houve manifestação, então, em 10/02/2010, no seguinte sentido (f. 72/v):

“.....
2) A Junta Médica Oficial da Seccional de São Paulo, analisando o histórico, dados do prontuário e relatórios médicos especializados do servidor em questão, considerou como data inicial de sua doença, a , a referência desta - CID 10 F31.9, em relatório do seu médico assistente, Dr. Tirço Merluzzi, CRM 36.656, datado de 19/08/2005, onde consta que o início do acompanhamento médico regular, em virtude deste diagnóstico foi em 14/08/2003. Portanto, a data considerada por esta Junta Médica, como termo inicial da doença causadora da sua aposentadoria, foi 14/08/2003.
3) *Entretanto, o referido servidor, apesar de ter este diagnóstico desde 14/08/2003, ainda chegou a trabalhar, após esta data, em períodos de atividade normal, variando de 8 até 120 dias (vide relatório de licenças anexo). Após 17 de Maio de 2005, iniciou-se um período longo de sucessivas licenças médicas para tratamento de saúde, que culminaram com avaliação pela Junta Médica Oficial (Fls. 04), que atestou sua condição de invalidez para atividade laborativa em 31/03/2006. Portanto, o termo inicial da invalidez para o trabalho considerado foi a data da Junta Médica que constatando esta invalidez, ou seja, 31/03/2006”.*

Após parecer médico, informações (f. 98/101) e relatório opinativo da direção-geral (f. 102), veio a decisão da Presidência da Corte, em 18/06/2010, indeferindo “os pedidos de caracterização do dia 14/08/2003 como início da invalidez, seja para a identificação das regras aplicáveis, seja para fins de concessão retroativa da aposentadoria” (f. 102-v).

Como se observa, as perícias feitas por juntas médicas oficiais da Justiça Federal atestam a inexistência de alienação mental, afastando, inclusive, a equiparação e declarando, uma delas, a “ausência de alienação mental”, para os efeitos do artigo 186, § 1º, da Lei 8112/1990. O laudo da perícia médica, feita na Justiça Estadual, não veio aos autos, mas a sentença de interdição, nele fundado, não se referiu a quadro clínico específico de alienação mental, mas ao transtorno bipolar do humor (f. 20).

A Classificação Internacional de Doenças, CID-10, publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), indica que o código *F31.9* refere-se ao quadro de “transtorno afetivo bipolar não especificado”, sem enquadramento ou equiparação com o quadro clínico de alienação mental. Assim, os atestados médicos particulares juntados, ao referirem-se ao CID-10 F31.9, ainda que vinculando, em alguns casos, tal diagnóstico com o de alienação mental, não são idôneos para desconstituir os laudos elaborados por juntas médicas oficiais, e menos ainda provar a existência de direito líquido e certo.

Note-se, inclusive, que a CID-10 não prevê código específico para “alienação mental”, aliás sequer faz referência ao diagnóstico, o que, certamente, ocorre porque, conforme consta do PA 2006.03.0214-CJF3R (f. 42/3):

“[...]”, segundo explicita a doutrina, *a alienação mental não constitui, de fato, uma doença em seu sentido estrito, mas um estado cuja constatação depende, antes de tudo, de um diagnóstico médico específico e afirmativo, que primeiro reconheça a existência de uma moléstia e depois, principalmente, a sua conformação à hipótese legalmente estabelecida:*

‘Alienação mental. 1. Medicina legal. ...) b) distúrbio mental ou neuromental grave e persistente no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o paciente total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho. São necessariamente casos de alienação mental: a) estados de demência (...); b) psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos; c) paranoia e a parafrenia nos estados crônicos; d) oligofrenias graves. São excepcionalmente considerados casos de alienação mental: a) psicoses afetivas, mono ou bipolar, quando comprovadamente cronicizadas e refratárias ao tratamento, ou quando exibirem elevada frequência de repetição fásica, ou ainda quando configurarem comprometimento grave e irreversível da personalidade; (...). 2. Direito civil. Causa de interdição, suscetível de tornar o afetado absoluta ou relativamente incapaz, conforme o grau de perturbação mental, para praticar atos na vida civil sem a representação ou assistência do seu curador. (...)’ (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. SP: Saraiva, 2005, 2ª ed., vol. 1, pp. 201/202)” (grifos do original)

No mesmo sentido, a Portaria 1.675, de 06 de outubro de 2006, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Recursos Humanos, invocada pelo impetrante, que “estabelece orientação para os procedimentos operacionais a serem implementados na concessão de benefícios de que trata a Lei 8.112/90 e Lei 8.527/97, que abrange processos de saúde, e dá outras providências”, e institui o “Manual para os Serviços de Saúde dos Servidores Civis Federais”, vigente à época da aposentadoria impugnada (22/01/2007), prescreve que:

“IX. DOENÇAS ENQUADRADAS NO PARÁGRAFO 1º DO ART. 180 [sic] DA LEI nº 8.112/90

Este capítulo, que descreve as patologias relacionadas na lei supracitada, que, quando presentes e dentro dos critérios aqui descritos, concedem aposentadoria integral.

ALIENAÇÃO MENTAL CONCEITUAÇÃO

Alienação Mental é um estado de dissolução dos processos mentais (psíquicos) de caráter transitório ou permanente (onde o volume de alterações mentais pode levar a uma conduta antisocial), representando risco para o portador ou para terceiros, impedindo o exercício das atividades laborativas e, em alguns casos, exigindo internação hospitalar até que possa retornar ao seio familiar. Em geral estão incluídos nesta definição os quadros psicóticos (moderados ou graves), como alguns tipos de esquizofrenia, transtornos delirantes e os quadros demenciais com evidente comprometimento da cognição (consciência, memória, orientação, concentração, formação e inteligência).

Em face de diagnósticos de transtornos psicóticos, torna-se necessário avaliar a sintomatologia apresentada, a forma clínica e a fase de evolução, a fim de identificar com propriedade o enquadramento correspondente.

As juntas Médicas deverão solicitar ao médico psiquiatra assistente a codificação da patologia com 5 itens, parecer constando as informações sobre quais sinais e/ou sintomas que invalidam o servidor para atividades laborativas e/ou para todo e qualquer ato da vida civil. À vista dessas informações, identificar nos quadros clínicos de Alienação Mental os seguintes elementos:

- a) transtorno intelectual - atinge as funções mentais em conjunto e não apenas uma delas.
- b) falta de autoconsciência - o paciente ignora o caráter patológico de seu transtorno ou tem dele uma noção parcial ou descontínua;
- c) ausência de utilidade - a perda da adaptabilidade redundando em prejuízo para o paciente e para a sociedade (Beca Soto).

As Juntas Médicas poderão identificar Alienação Mental no curso de qualquer enfermidade psiquiátrica desde que, em seu estágio evolutivo, estejam satisfeitas todas as condições abaixo discriminadas:

- a) seja enfermidade mental ou neuromental;
- b) seja grave e persistente;
- c) seja refratária aos meios habituais de tratamento;
- d) provoque alteração completa ou considerável da personalidade;
- e) comprometa gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo;
- f) torne o paciente total e permanentemente inválido para qualquer trabalho;
- g) haja um eixo sintomático entre o quadro psíquico e a personalidade do paciente;
- h) haja um eixo sintomático entre o quadro psíquico e a personalidade do paciente.

São considerados meios habituais de tratamento:

- i) psicoterapia;
- j) psicofarmacoterapia;
- l) terapêutica biológica (eletroconvulsoterapia, insulino-terapia, etc).

Não é considerado meio de tratamento a utilização de Psicofármacos em fase de experiência laboratorial.

QUADROS CLÍNICOS QUE CURSAM COM A ALIENAÇÃO MENTAL

São necessariamente casos de Alienação Mental:

- m) estados de demência (senil, pré-senil, arterioesclerótica, luética, coréica, doença de Alzheimer e outras formas bem definidas);
- n) psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos;
- o) paranóia e a parafrenia nos estados crônicos;
- p) oligofrenias graves.

São excepcionalmente considerados casos de Alienação Mental:

- q) psicoses afetivas, mono ou bipolar, quando comprovadamente cronificadas e refratárias ao tratamento, ou quando exibirem elevada frequência de repetição fásica, ou ainda, quando configurarem comprometimento grave e irreversível de personalidade;
- r) psicoses epilêpticas, quando comprovadamente cronificadas e resistentes à terapêutica, ou quando apresentarem elevada frequência de surtos psicóticos;
- s) psicoses pós-traumáticas e outras psicoses orgânicas, quando caracterizadamente cronificadas e refratárias ao tratamento, ou quando configurarem um quadro irreversível de demência.

Não são casos de Alienação Mental:

- a) nenhuma forma de neurose;
- b) desvios ou transtornos sexuais;
- c) alcoolismo, dependência de drogas e outros tipos de dependência orgânica;
- d) oligofrenias leves e moderadas;
- e) psicoses do tipo reativo (reação de ajustamento, reação ao ‘stress’);
- f) psicoses orgânicas transitórias (estados confusionais reversíveis);
- g) epilepsia por si só.

Os quadros psicóticos leves, controlados ou em período de remissão, não incapacitam para a vida laborativa, podendo o periciado praticar todos os atos da vida civil. A epilepsia, quando associada (comorbidade) a casos graves de psicose, poderá ser enquadrada como alienação mental, pelo comprometimento mental da psicose.

NORMAS DE PROCEDIMENTO DAS JUNTAS MÉDICAS

A Junta Médica, para maior clareza e definição imediata da situação do periciado, deverá fazer constar, obrigatoriamente, dos laudos declaratórios de invalidez do portador de Alienação Mental, os seguintes dados:

- a) Diagnóstico da enfermidade básica, inclusive o diagnóstico, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças versão 10;
- b) modalidade fenomênica;
- c) estágios evolutivo;
- d) expressão ‘Alienação Mental’ entre parênteses.

Se os laudos concluírem por Alienação Mental, deverão ser firmados em diagnósticos que não se confundam com os quadros de reações psíquicas isoladas, intercorrências psico-reativas e distúrbios orgânicos subjacentes, dos quais sejam simples epifenômenos.

A simples menção do grau ou intensidade da enfermidade não esclarece a condição de ‘Alienação Mental’, se não estiver mencionado o estágio evolutivo da doença.”

Em nada diferente o atual “Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, que estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC sobre os procedimentos a serem observados quando da aplicação da Perícia Oficial em Saúde de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”, instituído pela Portaria 797, de 22/03/2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Recursos Humanos, ao estatuir que:

“[...]

Doenças Especificadas em Lei

As doenças especificadas no parágrafo 1º do artigo 186 da Lei nº 8.112/1990 permitem aos seus portadores a concessão de alguns benefícios.

O servidor acometido por essas enfermidades, e que seja considerado inválido, terá direito à aposentadoria por invalidez com proventos integrais (§ 3º do art. 186, da Lei nº 8.112/1990).

Essas doenças, acrescidas das especificadas no art. 1º da Lei nº 11.052/2004, permitem aos seus portadores a isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, reforma ou pensão.

A constatação das doenças especificadas, abaixo relacionadas, se baseia em critérios

apresentados pelas sociedades brasileiras e internacionais de cada especialidade e em publicações de órgãos públicos.

A sua comprovação deverá ser feita por intermédio de laudos médicos e exames complementares.

A seguir cada doença será descrita em seu quadro clínico e seus principais critérios de enquadramento.

a) Doenças especificadas no Parágrafo 1º do Art. 186 da Lei nº 8.112/1990.

[...]

Alienação Mental

Conceito:

Conceitua-se como alienação mental todo quadro de distúrbio psiquiátrico ou neuropsiquiátrico grave e persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e de realidade, bem como a capacidade de entendimento e de autodeterminação, tornando o indivíduo inválido total e permanentemente para qualquer trabalho.

O indivíduo torna-se incapaz de responder legalmente por seus atos na vida civil, mostrando-se inteiramente dependente de terceiros no que tange às diversas responsabilidades exigidas pelo convívio em sociedade.

O alienado mental pode representar riscos para si e para terceiros, sendo impedido por isso de qualquer atividade funcional.

Há indicação legal para que todos os servidores portadores de alienação mental sejam interditados judicialmente.

O perito deve avaliar se é conveniente e apropriado o enquadramento do indivíduo como alienado mental. O simples diagnóstico desses quadros não é indicativo de enquadramento.

Normas de Procedimentos para a Perícia Oficial em Saúde

Deverão constar dos laudos declaratórios da invalidez do portador de alienação mental os seguintes dados:

- 1 - Diagnóstico da enfermidade básica, inclusive o diagnóstico numérico, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças;
- 2 - Estágio evolutivo;
- 3 - A expressão 'alienação mental'.

Critérios de Enquadramento

A alienação mental poderá ser identificada no curso de qualquer enfermidade psiquiátrica ou neuropsiquiátrica desde que, em seu estágio evolutivo, sejam atendidas todas as condições abaixo discriminadas:

- 1 - Seja grave e persistente;
- 2 - Seja refratária aos meios habituais de tratamento;
- 3 - Provoque alteração completa ou considerável da personalidade;
- 4 - Comprometa gravemente os juízos de valor e realidade, bem como a capacidade de entendimento e de autodeterminação;
- 5 - Torne o servidor inválido de forma total e permanente para qualquer trabalho.

São Passíveis de Enquadramento:

- 1 - Psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos;
- 2 - Outras psicoses graves nos estados crônicos;

3 - Estados demenciais de qualquer etiologia (vascular, Alzheimer, doença de Parkinson etc.);

4 - Oligofrenias graves.

São Excepcionalmente Considerados Casos de Alienação Mental:

1 - Psicoses afetivas, mono ou bipolares, quando comprovadamente cronicadas e refratárias ao tratamento, ou quando exibirem elevada frequência de repetição fásica, ou ainda, quando configurarem comprometimento grave e irreversível da personalidade;

2 - Psicoses epiléticas, quando caracterizadamente cronicadas e resistentes à terapêutica, ou quando apresentarem elevada frequência de surtos psicóticos;

3 - Psicoses pós-traumáticas e outras psicoses orgânicas, quando caracterizadamente cronicadas e refratárias ao tratamento, ou quando configurarem um quadro irreversível de demência;

4 - Alcoolismo e outras dependências químicas nas formas graves.

Quadros Não Passíveis de Enquadramento:

1 - Transtornos da personalidade;

2 - Alcoolismo e outras dependências químicas nas formas leves e moderadas;

3 - Oligofrenias leves e moderadas;

4 - Psicoses do tipo reativo (reação de ajustamento, reação ao estresse);

5 - Psicoses orgânicas transitórias (estados confusionais reversíveis);

6 - Transtornos neuróticos (mesmo os mais graves).”

Como se observa, a alienação mental não é característica de toda e qualquer doença psiquiátrica, sequer configura patologia específica, mas reflete o estado específico de “alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e de realidade, bem como a capacidade de entendimento e de autodeterminação, tornando o indivíduo inválido total e permanentemente para qualquer trabalho” (Portaria 797 MPOG, de 22/03/2010).

Mesmo considerando os critérios normativos indicados pelo próprio impetrante, verifica-se que o “transtorno afetivo bipolar não especificado”, *CID-10 F31.9*, não é necessariamente caso de alienação mental, considerando que, segundo a Portaria MPOG 1675, de 06/10/2006: “São necessariamente casos de Alienação Mental: m) estados de demência (senil, pré-senil, arterioesclerótica, luética, coréica, doença de Alzheimer e outras formas bem definidas); n) psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos; o) paranoia e a parafrenia nos estados crônicos; p) oligofrenias graves”.

Por outro lado, conforme previsão tanto do mencionado ato normativo como da Portaria MPOG 797, de 22/03/2010, para que sejam considerados, excepcionalmente, como casos de alienação mental, as psicoses afetivas, mono ou bipolar, devem ser “comprovadamente cronicadas e refratárias ao tratamento”, exibir “elevada frequência de repetição fásica”, ou ainda conduzir a “comprometimento grave e irreversível de personalidade”.

As provas médicas, juntadas pelo autor, não se referem a qualquer de tais circunstâncias, apenas genericamente identificam a “alienação mental”, o que poderia, quando muito, suscitar dúvida de diagnóstico, porém sua resolução não se faria, em tese, a favor dos laudos particulares, em prejuízo à presunção própria dos atos oficiais; nem se faria, em concreto, através da via estreita própria do mandado de segurança, manifestamente imprópria para avaliar quadro médico e definir diagnóstico correto em caso de divergência.

O que essencialmente necessário e possível reconhecer é que o ato de indeferimento da revisão de aposentadoria do impetrante encontra amparo em fundamentos jurídicos e elementos técnicos para afastar a cogitação de violação a direito líquido e certo, não se tratando, portanto, de ato abusivo ou praticado com vício de ilegalidade reconhecível no plano do mandado de segurança.

O parecer ministerial igualmente conclui pela denegação da ordem que, efetivamente, deve prevalecer no quadro dos autos.

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva para extinção do processo sem resolução do mérito quanto ao pedido de revisão do enquadramento tributário dos proventos do impetrante; e, quanto ao pedido de revisão do ato de concessão da aposentadoria de proporcional para integral, denego o mandado de segurança.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

- Sobre o transtorno afetivo bipolar causar alienação mental, justificando a aposentadoria, veja também o seguinte julgado: AC 2005.61.06.000961-4/SP, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, publicada na RTRF3R 88/379.

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA**0004214-92.2012.4.03.0000****(2012.03.00.004214-6)**

Agravante: DIOGO CRISTIAN DENNY

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Impetrante: DIOGO CRISTIAN DENNY

Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR - PRESIDENTE DA COMISSÃO DO XVI CONCURSO PÚBLICO

Codinome: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DA COMISSÃO DO DÉCIMO SEXTO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA TERCEIRA REGIÃO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI

Classe do Processo: MS 335883

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DAS QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. LIMINAR INDEFERIDA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada apreciou as alegações trazidas pelo impetrante, ora reiteradas em razões do agravo, indeferindo a liminar pleiteada por não vislumbrar a relevância do direito líquido e certo invocado, apto a ensejar a concessão da medida de urgência, encontrando-se supedaneada em jurisprudência consolidada dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e desta Corte.

- Os documentos trazidos pelo impetrante e o contexto das referidas questões revelam a observância ao edital do concurso.

- Por outro lado, não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção formulados, de modo a aumentar a mencionada nota.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos da r. decisão a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de março de 2012.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Cuida-se de agravo interposto por DIOGO CRISTIAN DENNY, com fulcro nos artigos 16, parágrafo único, da Lei nº 12.016/09 e 250 do Regimento Interno deste Tribunal, em face de decisão desta Relatora que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Comissão do XVI Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, Desembargador Federal Nery Júnior, que negou provimento a recurso administrativo interposto pelo impetrante visando à anulação de questões da prova objetiva do concurso, ocorrida em 04.12.2011, e alterou o gabarito preliminar da referida prova, quando da divulgação do gabarito definitivo, depois do julgamento dos pedidos de revisão apresentados pelos candidatos.

Sustenta o agravante, em síntese, que não pode concordar com a r. decisão recorrida, uma vez que, como minudentemente exposto na exordial, resta patente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* necessários à concessão da almejada medida liminar.

Aduz, no que tange à questão 59, que de fato o recorrente reconheceu versar sobre matéria tratada na Lei nº 6.404/76, porém dentro de outro contexto argumentativo, que de modo algum implicou no reconhecimento de que a matéria teria sido aquela constante do edital. No que tange à questão 15, o recorrente demonstrou, de forma bastante clara, que a assertiva correta exigiu conhecimento sobre a Lei nº 7.070/92, que não foi mencionada no edital do concurso. Quanto à questão 93, o agravante sobejamente demonstrou que o edital do concurso delimitou o estudo da proteção internacional dos direitos humanos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, não contemplando, portanto, o estudo da Convenção Européia dos Direitos Humanos.

Quanto às questões 25, 70 e 86 alega que a análise jurisdicional demandada é de adequação de conteúdo das referidas questões em relação ao edital, ou seja, de ofensa direta ao princípio da legalidade. Afirma que o concurso em que o agravante está inscrito possui regras específicas que não se relacionam aos certames objeto dos precedentes invocados pela relatora. Aduz, ainda, que o edital, a resolução do concurso e a Resolução nº 75 do CNJ exigem que o concurso verse sobre “posição doutrinária dominante ou a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores”.

Caso se entenda que a análise seria exclusivamente dos critérios de correção utilizados pela banca, inafastável o direito líquido e certo, tendo em vista que a jurisprudência do STF e do STJ não é pacífica, instando anotar que recentemente o STF reconheceu repercussão geral sobre o tema no bojo do RE 632.853.

Requer seja reformada a r. decisão agravada, com a conseqüente concessão da liminar a fim de conferir-lhe temporariamente a pontuação das questões impugnadas e determinar, por conseguinte, sua inclusão na segunda etapa do certame.

Informações prestadas às fls. 159/177.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 188/191, opina pela denegação da segurança.

Às fls. 194 peticiona o impetrante comunicando que as provas da segunda etapa serão realizadas nos dias 16 a 18 de março de 2012, pelo que requer seja reconsiderada a r. decisão liminar ou seja submetido o recurso de agravo a julgamento, a fim de evitar o perecimento do direito postulado nos autos.

Apresento o feito em mesa, submetendo-o a este Egrégio Órgão Especial, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DAS QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. LIMINAR INDEFERIDA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada apreciou as alegações trazidas pelo impetrante, ora reiteradas em razões do agravo, indeferindo a liminar pleiteada por não vislumbrar a relevância do direito líquido e certo invocado, apto a ensejar a concessão da medida de urgência, encontrando-se supedaneada em jurisprudência consolidada dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e desta Corte.

- Os documentos trazidos pelo impetrante e o contexto das referidas questões revelam a observância ao edital do concurso.

- Por outro lado, não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção formulados, de modo a aumentar a mencionada nota.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos da r. decisão a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.”

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Não comporta provimento o presente agravo.

A decisão agravada apreciou as alegações trazidas pelo impetrante, ora reiteradas em razões do agravo, indeferindo a liminar pleiteada por não vislumbrar a relevância do direito líquido e certo invocado, apto a ensejar a concessão da medida de urgência, encontrando-se supedaneada em jurisprudência consolidada dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e desta Corte, *in verbis*:

“Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Diogo Cristian Denny contra ato do Presidente da Comissão do XVI Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, Desembargador Federal Nery Júnior, que negou provimento a recurso administrativo interposto pelo impetrante visando à anulação de questões da prova objetiva do concurso, ocorrida em 04.12.2011, e alterou o gabarito preliminar da referida prova, quando da divulgação do gabarito definitivo, depois do julgamento dos pedidos de revisão apresentados pelos candidatos.

Narra o impetrante que, tendo realizado a prova objetiva da 1ª fase do mencionado certame, como candidato regularmente inscrito, recorreu administrativamente de

diversas questões formuladas, dentre as quais as de nºs 15, 25, 59, 86 e 93, eivadas de nulidade, sem obter êxito.

Afirma, ainda, que a alteração da resposta de uma das questões da prova, a de nº 70, promovida pela Comissão de Concurso após o julgamento de todos os recursos administrativos interpostos, também acarretou a nulidade dessa questão.

Alega que as mencionadas questões violaram o edital do concurso, em razão de versarem sobre matéria não incluída no conteúdo programático divulgado (nºs 15, 59 e 93), de formulação baseada em entendimento jurisprudencial não pacificado (nº 70) e de afronta a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores ou a letra expressa da lei (nºs 25 e 86), aduzindo que a contagem a seu favor do ponto referente a qualquer dessas questões implicará na sua aprovação e conseqüente classificação para a prova subjetiva da 2ª fase.

Pleiteia medida liminar ‘para conferir-lhe temporariamente a pontuação das questões impugnadas e determinar, por conseguinte, sua inclusão na segunda etapa do certame’, em vista da presença do *fumus boni iuris*, evidenciado pelos vícios apontados, e do *periculum in mora*, decorrente da iminente realização da segunda fase, prevista para os dias 02 a 04.03.2012.

Pede, ao final, a concessão da segurança, ‘para o fim de reformar a decisão do Presidente da Comissão de Concurso, que julgou improcedente os recursos administrativos em face das questões nºs 15, 25, 59, 86 e 93, e, lado outro, julgou procedente o recurso de outro(s) candidatos(s), alterando o gabarito da questão nº 70, anulando-se essas seis questões da prova escrita objetiva do XVI Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz Federal Substituto da Terceira Região’.

Decido.

Neste juízo de cognição sumária, próprio do exame liminar, não vislumbro a relevância do direito líquido e certo invocado pelo impetrante, apto a ensejar a concessão da medida de urgência pleiteada no mandado de segurança.

Com efeito, quanto as questões impugnadas, por alegado conteúdo estranho ao edital, o próprio impetrante reconhece tratar-se de matéria veiculada na lei das sociedades anônimas (Lei nº 6.404/76), pensão previdenciária de regime especial e de proteção internacional dos direitos humanos, constantes do Anexo I do Edital nº 1 - TRF 3ª Região, de 25 de julho de 2011.

Assim, os documentos trazidos pelo impetrante e o contexto das referidas questões revelam a observância ao edital do concurso.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência desta C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção formulados, de modo a aumentar a mencionada nota. Confira-se, *in verbis*:

‘EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA REPÚBLICA. PROVA OBJETIVA: MODIFICAÇÃO DO GABARITO PRELIMINAR. REPROVAÇÃO DE CANDIDATA DECORRENTE DA MODIFICAÇÃO DO GABARITO. ATRIBUIÇÕES DA BANCA EXAMINADORA. MÉRITO DAS QUESTÕES: IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta,

em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação. 2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas (RE 268.244, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, Relator o Ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005).’

(STF, MS nº 27260/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão, Min^a. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. 29/10/2009, maioria, DJe 26/03/2010.)

‘EMENTA: Mandado de Segurança. Concurso para procurador da republica. - Estando o arredondamento de notas expressamente vedado no regulamento do concurso - e essa norma não foi sequer atacada na inicial -, não pode ele ser pleiteado com base em lei que não e federal, mas, ao que tudo indica estadual (a Lei 4.264/84 do Estado da Bahia), que e inaplicavel a concurso para o ingresso no quadro do Ministério Público Federal. - No mandado de segurança 21.176, não só se teve como constitucional e legal o critério de penalização, com o cancelamento de respostas certas, nas provas de multipla escolha, como também se considerou não caber ao Poder Judiciario substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão, foi, ou não, correta, ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato. Mandado de segurança que se indefere, cassando-se a liminar anteriormente concedida.’

(STF, MS nº 21408/BA, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. 20/03/1992, unânime, DJe 29/05/1992)

‘MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. Incabível, em mandado de segurança, discutir-se o critério fixado pela Banca Examinadora para a habilitação dos candidatos. A penalização, nas questões de multipla escolha, com penalização consistente no cancelamento de resposta certa para questão ou questões erradas, e questão de tecnica de correção para tal tipo de provas, não havendo nisso qualquer ilegalidade. Incabível, outrossim, reexame das questões formuladas pela Banca Examinadora e das respostas oferecidas pelos candidatos.’

(STF, MS nº 21176/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, julg. 19/12/1990, unânime, DJe 20/03/1992)

No mesmo sentido, as decisões monocráticas proferidas no: MS 31067 MC/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 13.12.2011, DJe-238, divulg. 15.12.2011, publ. 16.12.2011; MS 30883 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15.09.2011, DJe-180, divulg. 19.09.2011, publ. 20.09.2011; MS 30577/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 09.06.2011, DJe-113, divulg. 13.06.2011, publ. 14.06.2011; MS 30436/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 24.05.2011, DJe-100, divulg. 26.05.2011, publ. 27.05.2011; MS 30533/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 12.04.2011, DJe-072, divulg. 14.04.2011, publ. 15.04.2011; e os acórdãos proferidos no AgR RE 560551/RS, Relator Ministro Eros Grau, 2ª T., j. 17.06.2008, DJe-142, divulg. 31.07.2008, public. 01.08.2008; AgR AI 827001/RJ, Relator Ministro

Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 01.03.2011, DJe-061, divulg. 30.03.2011, public. 31.03.2011; AgR MS 30433/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., j. 13.09.2011, DJe-187, divulg. 28.09.2011, public. 29.09.2011; AgR Ms 30144/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., j. 21.06.2011, DJe-146, divulg. 29.07.2011, public. 01.08.2011.

Confira-se, ainda, remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça: 'ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. QUESTÃO DE PROVA. CONTEÚDO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.'

(STJ, RMS nº 31425/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julg. 18/05/2010, v. u., DJe 02/06/2010.)

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DAS QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. QUESITO SOBRE A EC 45/2004, EDITADA POSTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DO EDITAL. VIABILIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Firmou-se na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pela sua análise. Ausência de demonstração, no caso, de ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade.

(...)

3. Agravo regimental improvido.'

(STJ, AgRg no RMS nº 22730/ES, Rel. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julg. 20/04/2010, v. u., DJe 10/05/2010.)

'ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. A *quaestio* posta em debate cinge-se à verificação do direito líquido e certo do recorrente de ver anulada uma questão da prova objetiva do Concurso Público para admissão nas Atividades Notariais de Registro do Estado do Rio Grande do Sul, a pretexto de a mesma não possuir alternativa correta.

2. Segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal Tribunal, é vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes.

3. No caso dos autos, a pretensão do recorrente, muito embora esteja amparada na alegação de que a administração incorreu em ilegalidade, aplicando prova objetiva contendo questão sem resposta correta, tem como objetivo principal, em verdade,

refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não encontra amparo neste Superior Tribunal.

4. Assim, tendo em vista que a pretensão é revisar o mérito da questão, ou seja, modificar os critérios de elaboração e avaliação de questões, já reexaminadas em recurso administrativo, não pode obter êxito o impetrante, visto que a atuação do judiciário cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.º

(STJ, RMS nº 20984/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julg. 03/11/2009, v. u., DJe 12/11/2009.)

‘ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANÁLISE DE PROVA. PODER JUDICIÁRIO. LIMITAÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. PROVA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LIQUIDEZ E CERTEZA. AUSÊNCIA. PROVA TÉCNICA. DESCABIMENTO.

1. Nas demandas que discutem concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade do certame, vedada a apreciação dos critérios utilizados pela banca examinadora para formulação de questões e atribuição das notas aos candidatos, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo.

2. O aspecto de edital exigir conhecimento abrangente sobre a disciplina, por si só, não macula o certame de ilegalidade, porquanto é da essência do concurso público selecionar os candidatos mais bem qualificados para o desempenho da atividade administrativa.

3. Uma vez que na ação mandamental há uma inversão na regra procedimental, o direito preconcebido deve acompanhar a exordial, ônus do qual não se desincumbiu o recorrente.

4. A certeza do direito alegado não prescinde de conhecimento técnico a respeito de auditoria, procedimento incabível em sede de mandado de segurança.

5. Recurso ordinário improvido.º

(STJ, RMS nº 27954/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julg. 29/09/2009, v. u., DJe 19/10/2009.)

‘ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS. QUESTÕES DE PROVA. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA.

1. O reexame dos critérios usados pela Banca Examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado, como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar ao exame da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.º

(STJ, AgRg no RMS nº 20158/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julg. 19/05/2009, v. u., DJe 21/08/2009.)

‘AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO. Apreciação de Poder Judiciário. IMPOSSIBILIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - Em concurso público, compete ao Poder Judiciário tão-somente a verificação de

questões pertinentes à legalidade do Edital e ao cumprimento das suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação das questões das provas. Precedentes deste e. STJ.

II - Na hipótese, o ato administrativo da banca examinadora, que alterou o gabarito, restou devidamente fundamentado.

Agravo regimental desprovido.’

(STJ, AgRg no RMS nº 26999/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julg. 05/03/2009, v. u., DJe 23/03/2009.)

‘RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora.

2. O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão.

3. Recurso ordinário improvido.’

(STJ, RMS nº 18318/RS, Rel. p/ acórdão Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, julg. 12/06/2008, maioria, DJe 25/08/2008.)

Ante o exposto, indefiro a medida liminar.

Notifique-se a d. autoridade impetrada para prestação de informações.

Intime-se.”

Com efeito, as razões recursais não contrapõem os fundamentos da r. decisão a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à re-discussão da matéria nele contida.

Como bem assinalou a ilustre representante do Ministério Público Federal, Procuradora Regional da República Elizabeth Kablukow Bonora Peinado (fls. 189vº): “O que impetrante pretende, em verdade, é obter a anulação de questões - cuja tentativa restou frustrada na via administrativa, com o indeferimento dos recursos apresentados - a fim de ser classificado para a 2ª fase do concurso, às custas do Poder Judiciário.”

Pelo exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Agravo tirado de decisão que indeferiu pedido de liminar em mandado de segurança impetrado contra ato do Desembargador Federal Presidente da Comissão do Décimo Sexto Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região, que “negou provimento aos recursos administrativos do impetrante visando à anulação das questões nºs 15, 25, 59, 86

e 93, bem assim à decisão de alterar o gabarito da questão nº 70, após dar provimento a recurso de outro(s) candidato(s)” (fl. 23).

Licença à ilustre Relatora e aos demais que a acompanharam, a hipótese, com a devida vênia, comporta desfecho distinto do adotado.

Evidente que o caso é de acompanhar o voto condutor no tocante à insubsistência da assertiva de que “as questões 15, 59 e 93 extrapolaram o Anexo I do Edital 1 (conteúdo programático)” (fl. 14); o programa cobrado na prova é bastante amplo e em uma ou outra parte dele acabam se encaixando tais questões - a de nº 59, relacionada à contabilidade, pode se incluir nas matérias atinentes às sociedades anônimas; a de nº 15, que aborda a pensão de talidomida, encaixa-se entre as prestações previdenciárias tidas como benefícios especiais; a de nº 93, que é sobre a Corte Européia dos Direitos Humanos, encontra-se na matéria de direitos humanos.

Inexistente, da mesma forma, o relevante fundamento no que concerne à questão de nº 86, que trata de regime previdenciário especial, sem que a questão tida pela banca como correta, ao menos do que aparenta na aferição perfunctória própria ao momento, apresente vício algum - as próprias informações prestadas esclarecem que “a terminologia empregada na questão ‘regime previdenciário especial’ é amplamente utilizada pela doutrina para se contrapor a ‘regime previdenciário geral’ (RGPS), não sendo elemento que possa levar à ambiguidade ou à adequada compreensão da questão” (fl. 160).

Nada obstante, quanto à aventada “inobservância de requisito expressamente versado no edital do certame” (fl. 182), como posto nas razões recursais, especialmente com relação às questões de nºs 25 e 70, impressiona sobremaneira a alegação de que “a análise jurisdicional demandada pelo Agravante é também de adequação de conteúdo das questões em relação ao edital, ou seja, de ofensa direta ao princípio da legalidade” (fl. 183).

A esse respeito, consta, de fato, do item 7.4 do edital em questão, em obséquio inclusive à Resolução nº 92, que rege o concurso, e à própria Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça, a qual repete a disposição, que “as questões da prova objetiva seletiva serão formuladas de modo que, *necessariamente*, a resposta reflita a *posição doutrinária dominante ou a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores*”.

Nesse íterim, ainda que difícil, em matéria de direito, encontrar posição doutrinária dominante ou jurisprudência pacificada das Cortes Superiores, a se seguir o previsto textualmente no edital, bem como o entendimento perfilhado no sentido de que “é possível ao Poder Judiciário examinar se a questão objetiva em concurso público foi elaborada de acordo com o conteúdo programático previsto no edital do certame” (STJ, RMS 24.939/MS, 5ª Turma, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 17.11.2008), tendo até mesmo o Supremo Tribunal Federal reconhecido que “a compatibilidade entre o conteúdo descrito no edital e as questões apresentadas na prova objeto do certame pode ser objeto de controle jurisdicional” (RE 636.169, 1ª Turma, rel. Ministra Carmen Lúcia, DJe de 29.7.2011), o alegado direito líquido e certo à permanência no processo de seleção parece se revestir dos pressupostos necessários à concessão da medida liminar.

Insista-se, às questões de nºs 25 e 70 o que se questiona não é propriamente o acerto ou desacerto das respostas admitidas pelos examinadores, mas, sim, o fato de estarem em desacordo com o próprio edital, nos termos *supra*.

Veja-se a pergunta nº 25, que aborda a ausência de alegações finais e a possibilidade de constituir ou não nulidade por ofensa ao direito de ampla defesa. É questão que já se discutiu muito nos tribunais, encontrando-se posicionamentos dominando em um sentido e

depois, em outro, prevalecendo por muito tempo, mormente no Supremo Tribunal Federal, que a não apresentação da peça defensiva por advogado constituído, regularmente intimado, não macula o processo, entendimento que norteia ainda boa parte das decisões produzidas pelos juízes criminais.

Embora não se desconheça aresto mais recente, colhido no âmbito da 2ª Turma do STF, na linha de que “padece de nulidade absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta” (HC 92.680/SP, rel. Ministro Cezar Peluso, DJe de 24.4.2008), também é verdade encontrar-se mantida a posição, ao menos no Supremo Tribunal Federal, segundo posto pelo impetrante, de que “a ausência de alegações finais em processo de competência do Júri não impede a prolação da sentença e não é causa de nulidade” (fl. 22), como se vê, a guisa de exemplo, do precedente tirado do julgamento pela 1ª Turma do HC 103.569/CE, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, com publicação do DJe de 11.11.2010, em que renovada, contra o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, a “prescindibilidade das alegações finais nos processos de competência do Júri”.

A revelar que a controvérsia sobre o tema parece não encontrar limites, no Superior Tribunal de Justiça convivem posições na linha de que “embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a falta de apresentação de alegações finais, ainda que se trate do procedimento do Tribunal do Júri, certamente não se coaduna com a aludida garantia constitucional, já que esta é a oportunidade colocada à disposição da defesa para que possa arguir teses defensivas capazes de, inclusive, evitar a submissão do acusado a julgamento pelos seus pares, exurgindo, daí, a sua imprescindibilidade” (HC 101.635/SP, 5ª Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 13.10.2009); e “segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência do Tribunal do Júri, a não apresentação de alguma peça processual, tal como defesa prévia, alegações finais ou contrariedade ao libelo, por si só, não acarreta nulidade, pois a Defesa pode optar por reservar sua tese para o julgamento em plenário” (HC 88.919/SP, 6ª Turma, rel. Ministra Maria Thereza Assis Moura, DJe de 6.9.2010).

Posto que de maneira não indubitosa, tais fundamentos não se apresentam irrelevantes, a ponto de atestar que o tópico cobrado não estaria, ao menos aparentemente, em confronto com o que determina o edital.

A plausibilidade da argumentação é igualmente contundente no que toca à questão 70, cuja abordagem sobre a possibilidade de acesso às informações bancárias pela Receita Federal admitiu como certa resposta em sentido afirmativo, em um primeiro momento, e depois adotou aceção contrária.

A documentação que acompanha as informações prestadas pela autoridade impetrada refere que a empresa responsável pela elaboração da prova - CESPE/UnB - manifestou-se pela alteração do gabarito inicial e a banca assim decidiu porque, “segundo a recente jurisprudência do STF (RE 389.808, DJe 09-05-11), o sigilo bancário não está disponível à fazenda pública, salvo por decisão judicial. Destarte, apenas a assertiva ‘A’ está correta, que prevê o acesso direto pela Receita Federal a informações de cartório, mas não de instituições bancárias” (fl. 173).

Cuidando-se de tema altamente controvertido - a inicial da impetração dá conta inclusive de que “o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso repetitivo, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgou ser válido o mencionado artigo 6º da LC

105/01” (fl. 16) -, a mencionada decisão não pode ser tomada à consideração de que a resposta admitida como correta reflete a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, como exigido, remarque-se, pelo regulamento do concurso.

Trata-se de precedente tirado de julgamento realizado em 15 de dezembro de 2010, cujo resultado restou alcançado por apertada maioria - cinco votos a quatro (5x4) - e sem que o *quorum* da composição plenária da Suprema Corte estivesse completo à ocasião, impossível ignorar, ademais, consoante se observa do relatório do Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário 389.908/PR, que “em 24 de novembro de 2010, por uma votação apertada de seis votos a quatro - vencidos os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e eu próprio -, o Tribunal negou referendo à medida acauteladora”, ou seja, menos de um mês antes, quando da apreciação da Ação Cautelar 33, referente ao mesmo caso, em que discutido o mérito propriamente dito da questão em tela, a orientação, também longe de alcançar juízo unânime, dera-se em sentido diametralmente oposto.

Sabe-se, outrossim, da existência de várias ações diretas questionando a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 aguardando julgamento pelo Pretório Excelso, sem que tenha havido qualquer manifestação específica, a mais recente delas, a ADI 4.010, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, uma das que tomarão contato com o tema no Supremo pela primeira vez.

Logo, por aí já se denota que, tranqüila, a questão ainda não é. Ao contrário, como destacado no voto-vista proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, redator para o acórdão no julgamento da ação cautelar e ausente à ocasião em que enfrentado o recurso principal, “o tema de mérito do recurso extraordinário envolve a análise de matéria que está sob o crivo desta Suprema Corte, no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o ministro Sepúlveda Pertence é relator das ADI 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406, que questionam a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, da Lei 10.174/2001 e do Decreto 3.724/2001. Tais processos estão a ele conclusos, e, portanto, não existe qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando-se pela inconstitucionalidade da prática de prestação de informações bancárias à Receita Federal”. Incabível vislumbrar que não se vá retomar a discussão quando do julgamento das referidas ações diretas.

A reforçar o *fumus boni iuris*, segundo as razões da impetração, “com o cômputo do(s) ponto(s) de quaisquer das referidas questões, o impetrante atingirá a nota 6,6, idêntica ao dos últimos candidatos aprovados, classificando-se, assim, para a etapa de provas escritas subjetivas” (fl. 24). De fato, o candidato alcançou nota 6,5, e o corte ficou em 6,6. Em linha de princípio, se as questões assinaladas fossem anuladas - possivelmente a revisão de apenas uma delas acabasse servindo ao propósito de avançá-lo à próxima fase -, ele estaria dentro e não fora.

O *periculum in mora*, à toda evidência, decorre de que as provas “seriam feitas nos dias 16 a 18 de março de 2012” (fl. 185).

Enfim, porque de matéria pacificada quer parecer não se cuidar, tanto na questão 25 quanto na de nº 70, constatação que se permite extrair mesmo desse exame inicial para fins da viabilidade da medida de urgência na hipótese dos autos, bastante é a perspectiva de que, mantido ausente o impetrante, as conseqüências à frente serão extremamente danosas, a resultar na verdadeira ineficácia da tutela, se finalmente deferida ordem, frustrando em absoluto a pretensão mandamental, quiçá pondo em risco a própria sorte do concurso, caso não se garenta sua participação e depois se assente definitivamente que tais questões agridem o edital.

Ressalte-se que a situação contrária, ou seja, deferido o pleito liminar, posteriormente chegasse-se à conclusão de que a hipótese é de denegação da segurança, acarretaria nenhum óbice, já que plenamente reversível, nada havendo de consolidado.

Com a cassação da liminar, voltar-se-ia ao estado anterior, revertendo-se o quadro, como se a segunda fase do certame não tivesse contado com a participação de Diogo Cristian Denny, melhor dizendo, como se não existisse direito líquido e certo “à aprovação do impetrante na primeira fase deste certame” (fl. 25), pois, afinal, liminar concedida em mandado de segurança é decisão precária, que nada consoma, não assegura direito se ele não existe. Examinados os fatos e os fundamentos jurídicos, denegada a ordem, volta-se ao estado inicial das coisas.

Dito isso, reiterada a vênua, dou provimento ao agravo, para o fim de determinar, conforme requerido pelo impetrante, “sua inclusão na segunda etapa do certame” (fl. 186).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

- Sobre a impossibilidade do Poder Judiciário pronunciar-se sobre critérios de correção de provas e atribuição de notas, veja também o seguinte julgado: AMS 0008968-18.2009.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada na RTRF3R 106/551.

DIREITO CIVIL

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0024312-25.1998.4.03.6100
(2006.03.99.023319-4)

Agravante: ANGELA CRISTINA LOPEZ DE LA NIETA SANT ANNA AZEVEDO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 228/231vº
Apelante: ANGELA CRISTINA LOPEZ DE LA NIETA SANT ANNA AZEVEDO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: AC 1124386
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/03/2012

EMENTA

AGRAVO LEGAL. CIVIL. PROVA PERICIAL INDIRETA INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA DE DIREITO. PENHOR. JÓIAS. FURTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CLÁUSULA LIMITADORA DE INDENIZAÇÃO. LEGALIDADE. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. *PACTA SUNT SERVANDA*. INEXISTÊNCIA DE DANO MATERIAL OU MORAL.

1. O indeferimento da produção da perícia indireta se deu em razão da própria agravante ter afirmado não possuir outros documentos que não aqueles já juntados com a inicial aptos a descrever as jóias empenhadas a fim de ser realizada uma valoração da mesma.
2. Ausência de cerceamento no direito da agravante, uma vez que não se faz necessária a realização de perícia técnica para a leitura dos documentos acostados nos autos, tais como as notas fiscais. Matéria de direito.
3. A Caixa Econômica Federal, ao firmar o contrato de mútuo com garantia pignoratícia, passou a ser depositária dos bens penhorados, obrigando-se a sua guarda e restituição quando do pagamento da obrigação, bem como a indenizar a parte contratante nos casos de roubo ou desvio do bem empenhado.
4. A responsabilidade objetiva da Caixa Econômica Federal, decorrente do risco do negócio assumido ao prestar o serviço, independente da existência de dolo ou culpa no extravio dos bens.
5. A relação da instituição financeira com seus clientes é regida pela Lei nº 8.078/90, tanto em razão da defesa do consumidor ser princípio de ordem econômica, previsto no inciso V do artigo 170 da Constituição Federal, como por ser garantia individual e coletiva dos cidadãos, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Constitucional.
6. O contrato de mútuo firmado entre as partes tem características de contrato de adesão, uma vez que o conteúdo e as condições foram pré-estabelecidas pelo credor. Todavia, o fato de se tratar de um contrato de adesão não implica necessariamente que a cláusula limitadora seja abusiva.
7. Ainda que o contrato seja de adesão e que, em princípio, a interpretação deva favorecer o mutuário, não há como conferir à referida cláusula caráter abusivo, uma vez que restou claro do texto o montante da indenização, não se evidenciando qualquer

dificuldade na sua compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.078/90.

8. A fixação no contrato de uma indenização pelo montante de uma vez e meia o valor avaliado quando da celebração não atenua a responsabilidade da Caixa Econômica Federal a caracterizar a hipótese de nulidade prevista no inciso I do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

9. Se o valor atribuído ao bem pela credora no ato da avaliação não era condizente com valor real ou com outro que entendesse aceitável, o autor não deveria ter firmado o acordo. Tendo-o aceitado em legítima manifestação de vontade, não cabe agora, diante de eventual prejuízo decorrente da avaliação que entende lesiva do seu direito, querer eivar de nulidade a avença, devendo ser observado o princípio *pacta sunt servanda*.

10. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de agravo legal interposto pela autora em face da decisão de fls. 228/231vº que, com fulcro no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento ao agravo retido e ao recurso de apelação por si interposto.

Por primeiro, requer a reforma da decisão no sentido de ser provido o agravo retido, posto que imperiosa a realização de prova pericial para apuração do verdadeiro valor das jóias empenhadas furtadas.

No que se refere ao mérito propriamente dito, também postula pela reforma da decisão monocrática ao fundamento que se aplicam ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser reconhecida a abusividade da cláusula limitadora da indenização tendo em vista que de caráter abusivo.

É o breve relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Em que pesem os argumentos esposados pela agravante, não logrou trazer em suas razões de agravo fundamentos aptos a modificar o entendimento firmado por esta Relatora na decisão agravada, que ora transcrevo:

“Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 12ª Vara Cível de São Paulo, que julgou improcedente o pedido e a condenou ao pagamento das custas e honorários de advogado à ré, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

Requer a autora, preliminarmente, o exame do agravo retido oposto em face da decisão singular que indeferiu a produção de prova pericial indireta para a avaliação do valor real dos bens empenhados, furtados das dependências da ré.

Em razões de apelação propriamente ditas, alega que a responsabilidade pelo furto ou roubo de jóias postas em penhor decorre do risco da atividade bancária, não cabendo falar em culpa de terceiro, pelo que a cláusula do contrato que limita o valor da indenização a 1,5 (uma vez e meia) do montante da avaliação é nula de pleno direito, posto que colima atenuar a responsabilidade da apelada.

Aduz, ainda, tratar-se de contrato de adesão - coibido pelo Código de Defesa do Consumidor - e de avaliação feita de maneira unilateral - o que impede qualquer objeção por parte do consumidor, mormente quanto ao valor dos bens.

Alega, outrossim, que o valor real das jóias excede muito o valor da avaliação, pelo que necessária a realização da perícia para apuração.

Por fim, afirma a existência de dano moral caracterizado pela perda das peças de valor sentimental inestimável, das quais jamais pretendeu se desfazer.

Contrarrazões pela apelada.

É o relatório.

Decido, com fulcro no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a negar seguimento a recurso interposto contra jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. É o caso dos autos, tendo em vista que a Primeira Turma, que componho, já firmou posicionamento em relação à matéria ora em apreço.

Por primeiro, examino as razões de agravo retido.

Não merece reforma a decisão agravada. Com efeito, a produção da perícia indireta foi indeferida em razão da própria agravante ter afirmado não possuir outros documentos que não aqueles já juntados com a inicial aptos a descrever as jóias empenhadas a fim de ser realizada uma valoração da mesma.

Dessa forma, não ocorreu qualquer cerceamento no direito da agravante, uma vez que não se faz necessária a realização de perícia técnica para a leitura dos documentos acostados nos autos, tais como as notas fiscais.

Ademais, como restará demonstrado nos fundamentos que seguem, entendo que a matéria é de direito, pelo que resta prejudica a realização de prova pericial.

Passo ao julgamento da apelação.

Questiona-se na presente ação a validade da cláusula constante de contrato de mútuo com garantia pignoratícia firmado entre a apelante e a Caixa Econômica Federal, que estabelece, a título de seguro em caso de perda, extravio ou roubo do objeto do mútuo, indenização no montante equivalente a 1,5 (uma vez e meia) do valor da avaliação feita à época da elaboração do contrato.

Em que pesem os fundamentos adotados pela autora, entendo que, embora a Caixa Econômica Federal tenha responsabilidade objetiva pelo roubo das jóias que detinha em seu poder na qualidade de credora pignoratícia, a cláusula que limita o valor da indenização em uma vez e meia do montante da avaliação prévia não é abusiva, pois ainda que o contrato seja de adesão e que, em princípio, a interpretação deva

favorecer o mutuário, resta claro no texto das condições do contrato, a exemplo dos documentos acostados às fls. 12/vº e 14, o montante da indenização, não se evidenciando qualquer dificuldade na sua compreensão, estando de acordo com a norma prevista no § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.078/90.

Ademais, a fixação no contrato de uma indenização pelo montante de uma vez e meia o valor avaliado quando da celebração não atenua a responsabilidade da Caixa Econômica Federal a caracterizar a hipótese de nulidade prevista no inciso I do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, o *quantum* fixado pela Caixa Econômica Federal a título de indenização não se mostra prejudicial ou excessivamente onerosa para o mutuário, eis que prevê o ressarcimento do valor integral da avaliação, acrescido de cinquenta por cento.

Nessa seara, poderá se aduzir que a avaliação realizada pela Caixa Econômica Federal não é justa, atribuindo valores aos bens muito inferiores aos efetivamente devidos, não condizentes com o valor real da coisa. Contudo, tal discussão foge da questão da validade da cláusula que limita a indenização em 1,5 do valor avaliado. Verifica-se que, na verdade, o grande problema constatado nesta ação, bem como nas centenas de outras ajuizadas pelo mesmo motivo, é o valor da avaliação dos bens dados em penhor, que, segundo alegam os mutuários, é fixado em montante muito inferior ao valor de mercado do mesmo.

Porém, ao levar o bem ao setor de penhor da Caixa Econômica Federal para a obtenção do empréstimo pretendido, o mutuário teve ciência do valor da avaliação, bem como das demais condições do contrato. Se o valor atribuído ao bem pela credora não era condizente com valor real ou com outro que entendesse aceitável, a autora não deveria ter firmado o acordo. Tendo-o aceitado em legítima manifestação de vontade, não cabe agora, diante de eventual prejuízo decorrente da avaliação que entende lesiva do seu direito, querer eivar de nulidade a avença, devendo ser observado o princípio *pacta sunt servanda*.

Acresça-se que de acordo com a norma do artigo 122 do Código Civil, são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, vedando-se aquelas que privarem de todo efeito o ato ou se sujeitarem ao arbítrio de uma só das partes, o que não é o caso das cláusulas ora discutidas. Também não lhe assiste razão quanto à existência de dano moral.

O furto das jóias, indiscutivelmente, causou à apelante uma perda sentimental, considerando que, consoante afirma, as peças empenhadas eram objetos de família dotadas de valor afetivo.

Todavia, tal sentimento não configura o dano moral a ensejar o pagamento de indenização, caracterizado pela dor subjetiva que abala a honra, a boa-fé ou a dignidade da pessoa, causando-lhe uma ruptura no equilíbrio emocional capaz de interferir de forma prejudicial no seu bem-estar.

No caso dos autos, a apelante firmou com a Caixa Econômica Federal contrato de mútuo pignoratício, estabelecendo entre si uma relação obrigacional em que a contratante entrega os bens em garantia do empréstimo a ser concedido pela contratada. A anuência do contrato implica às partes assumirem o risco do negócio: de um lado, a instituição financeira aceita a possibilidade de não reaver os valores emprestados; de outro, o particular se sujeita a perder o bem dado em garantia caso não cumpra a obrigação no prazo determinado.

Ademais, o contrato de penhor é garantido por cláusula de seguro decorrente do risco presumido de ocorrência de sinistro, considerando que a guarda de bens de valor tem alto potencial de risco.

Assim, a apelante, ao firmar o contrato em questão, assumiu o risco de não reaver as jóias tanto em decorrência da falta do pagamento da dívida, como em decorrência de sinistro, não havendo que se falar em dano moral.

Por fim, confira-se a jurisprudência da Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

‘AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. CONTRATO DE *PENHOR*. ROUBO DE *JOIAS*. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL LIMITADA AOS TERMOS DA CAUTELA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Os bens foram avaliados pela Caixa Econômica Federal e essas avaliações foram aceitas pela parte; ainda que não correspondessem ao valor de mercado - o que é incerto, pois nenhuma prova foi feita sobre o suposto valor real das *jóias* na época, o que seria possível através de nota fiscal ou declaração de IRPF - o correto é que, para fins contratuais, o devedor pignoratício renunciou ao direito de ter a joia pelo suposto valor integral na medida em que aderiu ao contrato de mútuo. Embora se tratasse de pacto por adesão o mutuário voluntariamente aderiu a ele; nenhum vício (art. 82 do Código Civil da época e art. 104 do atual) foi alegado e muito menos provado. 2 - A parte autora não possui razão ao pleitear indenização por danos materiais no valor compreendido pela diferença entre uma vez e meia a importância de avaliação nas cautelas e o valor real de mercado das *jóias*, uma vez que o valor da indenização por danos materiais em caso de extravio foi devidamente previsto no Contrato de Mútuo, firmado entre as partes. 3 - Existe, portanto, um acordo de vontades que deve ser respeitado pelas partes. Se houve convenção de que a indenização se constituiria em uma vez e meia o valor da avaliação, não é lícito às partes tentar modificar esta cláusula, sob pena de afronta ao princípio do “*pacta sunt servanda*”, bem como à segurança jurídica que deve reger os contratos. 4 - A parte contratual ao empenhar as *jóias* em instituição financeira demonstra a falta de apego ao bem, pois assumiu o risco de não reavê-lo, tanto na hipótese de ausência do pagamento da dívida, bem como em decorrência de caso fortuito ou força maior, como *furto*, incêndio ou outras espécies de sinistro, razão pela qual descabida a pretensão de reparação por dano moral. 5- Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma. 6 - Agravo legal desprovido.’

(TRF3. AC 200261030058580. Relator Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI. DJF3 CJ1 DATA: 30/09/2011 PÁGINA: 116)

‘CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE AÇÃO VISANDO AUMENTAR INDENIZAÇÃO DO DEVEDOR PIGNORATÍCIO POR FORÇA DO ROUBO DE JÓIAS EMPENHADAS - PRETENDIDA INDENIZAÇÃO ALÉM DO VALOR OBJETO DA CLÁUSULA RESPECTIVA COLOCADA NO CONTRATO DE PENHOR, USANDO-SE O VALOR “REAL” DAS JÓIAS - AUSÊNCIA DE CULPA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PELO EXTRAVIO DOS OBJETOS DECORRENTE DE AUDACIOSA E BEM PLANEJADA AÇÃO DOS ROUBADORES - OCORRÊNCIA DE FORÇA MAIOR EXCLUDENTE DE

RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM ÂMBITO EXCEDENTE AO QUE CONSTOU DA CAUTELA DE PENHOR NÃO CARACTERIZADO - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO CASO, ALÉM DO QUE NÃO HÁ PROVA DE VÍCIO DO CONSENTIMENTO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE PENHOR. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. A responsabilidade indenizatória do credor pignoratício não é objetiva. Na medida em que a lei atribuiu-lhe o ônus de indenizar perdas e deteriorações quando houver “culpa”, somente em se verificando imprudência, imperícia ou negligência na guarda da coisa empenhada é que surgirá o dever de ressarcir o prejuízo experimentado pelo devedor que caucionou o bem. 2. Não se pode imputar aos bancos providenciar cautelas e ofendículos que escapam das possibilidades normais. Se a ação dos ladrões é que foi extraordinária pelo conjunto de bom planejamento da empreitada criminosa, uso de armamento pesado e altamente intimidativo na surtida empreendida, não se pode atribuir ao estabelecimento bancário qualquer das modalidades de culpa que caracterizaria ausência de previsão do que era ordinariamente previsível. Não há prova de incúria ou desídia na guarda da coisa. 3. Entende-se, pois, ter ocorrido no caso a força maior que isenta o credor pignoratício do ônus indenizatório, sob pena de, pensando diversamente, reconhecer-se responsabilidade objetiva aonde a lei só cuidou de alojar a responsabilidade contratual. 4. As avaliações efetuadas pela Caixa Econômica Federal foram aceitas pelas partes; ainda que não correspondesse ao valor de mercado - o que é incerto pois nenhuma prova foi feita sobre o suposto valor real das jóias na época, o que seria possível através de nota fiscal ou declaração de IRPF. Para fins contratuais os devedores pignoratícios renunciaram ao direito de terem a jóia pelo suposto valor integral na medida em que aderiram ao contrato de mútuo. 5. Embora se tratasse de pacto de adesão a mutuária voluntariamente aderiu a ele; nenhum vício (artigo 82 do Código Civil da época e artigo 104 do atual) foi alegado e muito menos provado. 6. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de adesão (RESP nº 468.148/SP, 3ª Turma, DJ 28/10/2003, p. 283), mas a interpretação favorável ao consumidor ou supressão de cláusula contratual depende de a mesma ser dúbia ou leonina, consoante a dicção do artigo 54, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.078/90. 7. Não se pode adjetivar de obscura, dúbia ou incompreensível a cláusula contida na cautela do penhor que dispôs sobre o limite da responsabilidade da Caixa Econômica Federal em caso de perda ou deterioração. 8. Apelação improvida.’

(TRF3. AC 2000.61.14.001051-9. Relator Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, DJF3 CJ1 DATA: 21/06/2011 PÁGINA: 176)

‘CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. LAUDO PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. PENHOR. JÓIAS. FURTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CLÁUSULA LIMITADORA DE INDENIZAÇÃO. LEGALIDADE. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. PACTA SUNT SERVANDA. 1. Preliminar de nulidade rejeitada. Sentença devidamente fundamentada. O não acolhimento pelo Juízo *a quo* do laudo pericial não caracteriza o cerceamento de defesa, já que o sistema processual civil brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz, ou seja, todas as provas têm valor relativo e o juiz pode formar livremente sua convicção com base em qualquer prova produzida, não se vinculando a nenhuma

delas, salvo exceções legalmente previstas. 2. A Caixa Econômica Federal, ao firmar o contrato de mútuo com garantia pignoratícia, passou a ser depositária dos bens penhorados, obrigando-se a sua guarda e restituição quando do pagamento da obrigação, bem como a indenizar a parte contratante nos casos de roubo ou desvio do bem empenhado. 3. Responsabilidade objetiva da Caixa Econômica Federal, decorrente do risco do negócio assumido ao prestar o serviço, independente da existência de dolo ou culpa no extravio dos bens. 4. A relação da instituição financeira com seus clientes é regida pela Lei nº 8.078/90, tanto em razão da defesa do consumidor ser princípio de ordem econômica, previsto no inciso V do artigo 170 da Constituição Federal, como por ser garantia individual e coletiva dos cidadãos, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Constitucional. 5. O contrato de mútuo firmado entre as partes tem características de contrato de adesão, uma vez que o conteúdo e as condições foram pré-estabelecidas pelo credor. Todavia, o fato de se tratar de um contrato de adesão não implica necessariamente que a cláusula limitadora seja abusiva. 6. Ainda que o contrato seja de adesão e que, em princípio, a interpretação deva favorecer o mutuário, não há como conferir à referida cláusula caráter abusivo, uma vez que restou claro do texto o montante da indenização, não se evidenciando qualquer dificuldade na sua compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.078/90. 7. A fixação no contrato de uma indenização pelo montante de uma vez e meia o valor avaliado quando da celebração não atenua a responsabilidade da Caixa Econômica Federal a caracterizar a hipótese de nulidade prevista no inciso I do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. 8. Se o valor atribuído ao bem pela credora no ato da avaliação não era condizente com valor real ou com outro que entendesse aceitável, o autor não deveria ter firmado o acordo. Tendo-o aceitado em legítima manifestação de vontade, não cabe agora, diante de eventual prejuízo decorrente da avaliação que entende lesiva do seu direito, querer eivar de nulidade a avença, devendo ser observado o princípio *pacta sunt servanda*. 9. Matéria preliminar rejeitada. Apelação improvida. (TRF3. AC 199961000109614. Relatora Des. Federal Vesna Kolmar DJF3 CJ1 DATA: 02/12/2009 página: 56)

Por esses fundamentos, com fulcro no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, *nego seguimento ao agravo retido e ao recurso de apelação* da parte autora. I.”

Por esses fundamentos, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

- Sobre o valor da indenização em caso de roubo de bem empenhado, veja também os seguintes julgados: AC 2000.61.11.007192-0/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicada na RTRF3R 74/252 e AC 2000.61.03.001789-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 75/283.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0036998-59.2011.4.03.0000
(2011.03.00.036998-2)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 133/134
Interessada: SÃO JOAQUIM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AI 460555
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2012

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. LOCAÇÃO. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL. DENÚNCIA VAZIA. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 63, § 3º, DA LEI 8.245/91. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O prazo para a desocupação do imóvel, quando se tratar de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos e estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, será de um ano, exceto nos casos em que entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de um ano, hipótese em que o prazo será de seis meses (artigo 63, parágrafo 3º, da Lei nº 8.245/91), e o despejo for decretado com fundamento do inciso IV do artigo 9º ou do inciso II do artigo 53.

2 - A denúncia imotivada da locação, que tem causa de pedir estranha àquelas previstas nos artigos 9º, inciso IV, e 53, inciso II, da Lei do Inquilinato, não determina a incidência do artigo 63, parágrafo 3º, da mesma lei.

3 - Agravo legal desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de março de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de agravo legal interposto em face da decisão que negou seguimento ao seu agravo de instrumento, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

A agravante, em suas razões, pretende rediscutir as questões objeto de decisão devidamente fundamentada sustentando a inaplicabilidade do art. 557 do CPC.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): É plenamente cabível a decisão monocrática na presente ação, pois, segundo o art. 557, *caput*, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito.

A existência de jurisprudência dominante nos Tribunais, ou nos Tribunais Superiores já seria suficiente.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ATIVO OU INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/2003. ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTO-APLICABILIDADE. VANTAGEM PESSOAL. INCLUSÃO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode, singularmente, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado. [...]

4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg nos EDcl no RMS 25.455/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI 8.981/95. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. ART. 557, *CAPUT*, DO CPC. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.). OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO INTUITO INFRINGENTE.

1. O inconformismo que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum* não há como prosperar, porquanto incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos, quando o *decisum* recorrido assentou-se nos seguintes fundamentos: ‘1. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar 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 (redação dada pela Lei 9.756/98). 2. Deveras, a decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e *a fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.’

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no REsp 1005315/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 17/12/2008)

No mérito, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática cujos principais trechos pertinentes à matéria ora impugnada, por oportuno, passo a destacar:

“A matéria comporta julgamento nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, posto que já foi amplamente discutida no âmbito dos Tribunais Superiores. Como é cediço, às locações não residenciais aplica-se o disposto na Seção III da Lei nº 8.245/91.

Especificamente, os artigos 59 e seguintes da referida Lei tratam da ação de despejo, sendo certo que a hipótese dos autos restou assim regulamentada:

‘Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

(...)

VII - o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)’

Em que pese o esforço argumentativo da agravante, não se pode admitir a incidência do disposto no parágrafo 3º, do artigo 63, da Lei do Inquilinato, à hipótese *sub judice*.

Afinal, não há, em lei, qualquer dispositivo que sobreponha a Caixa Econômica Federal - CEF aos demais entes, mormente por tratar-se de contrato de natureza privada, não sendo, ainda, a atividade bancária de natureza pública, que, eventualmente, ensejasse a supremacia do interesse público no caso.

Confira-se, nesse sentido, precedente jurisprudência que corrobora com tal entendimento:

‘RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RAZÕES QUE ATACAM SOMENTE UM DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO REGIONAL. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. DENÚNCIA VAZIA. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 63, PARÁGRAFO 3º, DA LEI Nº 8.245/91. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos e estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, e o despejo for decretado com fundamento do inciso IV do artigo 9º ou do inciso II do artigo 53, o prazo para a desocupação do imóvel será de um ano, exceto nos casos em que entre a citação e a sentença

de primeira instância houver decorrido mais de um ano, hipótese em que o prazo será de seis meses (artigo 63, parágrafo 3º, da Lei nº 8.245/91). 2. A denúncia imotivada da locação, precisamente porque tem causa de pedir estranha àquelas previstas nos artigos 9º, inciso IV, e 53, inciso II, da Lei do Inquilinato, não determina a incidência do artigo 63, parágrafo 3º, da mesma lei. 3. Recurso não conhecido.’

(STJ, 6ª Turma, REsp 261.917, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2002, p. 457);

‘CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO. LOCAÇÃO COMERCIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EMPRESA PÚBLICA. LEI Nº 8.245/91. APLICABILIDADE. 1 - Conforme relatado, trata-se de Apelação interposta pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, em face de sentença que julgou procedente o pedido, no qual o Autor objetivava o despejo, da Ré, com base no art. 57 da Lei 8.245/91, tendo em vista a extinção do contrato de locação. 2 - O fato de o Autor ter proposto ação revisional referente ao imóvel objeto da locação, não o impede de requerer a retomada do imóvel, eis que, na ação de despejo o objetivo é o de retomar o imóvel após o término do contrato de locação, enquanto na revisional o intuito é de recebimento de aluguéis num valor justo enquanto perdurar a locação. 3 - A presente ação de despejo foi proposta após o término do contrato de locação entre as partes que findou em 10.03.1996. Assim, tal locação passou a ser por prazo indeterminado, que exige na forma do Artigo 57 da Lei 8.245/91 um prazo de trinta dias para a desocupação. 4 - A empresa pública, mesmo que prestadora de serviço público, locatária de imóvel particular submete-se ao regime da Lei 8.245/91, razão pela qual, preenchidos os requisitos previstos nesse diploma legal é de se reconhecer a procedência do pedido de despejo. 5 - Quanto ao argumento da defesa, de risco na continuidade do serviço público com a decretação do despejo, se afigura ilegal o intuito da CEF em não ser despejada de um imóvel que locou, pois não há ressalvas na Lei 8.245/91 de que empresas públicas não podem sofrer ação de despejo. 6 - Negado provimento à Apelação.’

(TRF2, 8ª Turma Especializada, AC nº 241541, Rel. Des. Federal Raldênio Bonifácio Costa, DJ em 04.12.2009).”

O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO ao agravo.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

DIREITO CONSTITUCIONAL

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0004005-09.2005.4.03.6002
(2005.60.02.004005-0)

Partes Autoras: ANDRÉ LIMA SILVA E OUTROS
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL - MEX
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: REOMS 284977
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/04/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ESTADO CIVIL. DESCABIDA.

O indeferimento das inscrições dos impetrantes, pelo simples fato de serem casados, fere o princípio da isonomia, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Não há *discrimen* razoável entre o candidato casado e o solteiro. A restrição apontada pela autoridade coatora é vetusta e finca-se no fato de que tais candidatas seriam arrimos de família e poderiam onerar em excesso a Instituição.

Precedentes desta Corte no sentido do descabimento da exigência de estado civil: AMS 2003.61.18.000562-7, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães; AMS 2003.61.18.000561-5, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello; AMS 0001661-61.2006.4.03.6118, Juiz Fed. Conv. Valdeci dos Santos.

Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de março de 2012.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança em que se objetiva garantir o direito de inscrição no Exame para Habilitação de Músico do Exército. Alegam os impetrantes que foram impedidos de procederem à inscrição pelo fato de serem casados.

Liminar concedida às fls. 57/58.

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 71/76) dizendo que os autores foram impedidos de se candidatar porque arrimos de família.

A sentença julgou procedente o pedido, concedendo a ordem para que os impetrantes pudessem participar de exame de comprovação de habilidade musical, para o preenchimento de claros de Cabos e Soldados Músicos.

O Ministério Público Federal pugnou pelo desprovisionamento da remessa oficial (fls. 102/103).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Realmente não há motivos justos para que os autores não prestassem a prova para preenchimento de claros de cargos de Cabos e Soldados pelo simples fato de serem casados.

O indeferimento das inscrições dos impetrantes fere o princípio da isonomia, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

“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:

(...)”

Não há *discrimen* razoável entre o candidato casado e o solteiro. A restrição apontada pela autoridade coatora é vetusta e finca-se no fato de que tais candidatos seriam arrimos de família e poderiam onerar em excesso a Instituição.

Esta interpretação está ultrapassada e, a meu ver, colide com a Carta Magna.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“AGRAVO LEGAL - ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS DA AERONÁUTICA. ESTADO CIVIL. SOLTEIRO. EXIGIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE.

I - Nos termos dos artigos 5º e 226 da Carta Magna, 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, ressalvando, ainda, a família, base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado.

II - É patente a incompatibilidade da cláusula editalícia que exige como condição para inscrição no certame ser solteiro, com a Constituição Federal vigente, visto que afronta diretamente bem constitucionalmente protegido e viola o princípio da igualdade.

III - Ademais, no caso dos autos, verifica-se que as limitações que o curso impõe ao militar (quarentena e semi-internato) são provisórias - a duração do curso é inferior a um semestre - não sendo incompatíveis, portanto, com o estado civil de casado, a ponto de justificar que aqueles que assumam tal condição não possam participar do referido curso.

IV - Agravo legal improvido.”

(AMS 2003.61.18.000562-7, Rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, DJF3 CJ1 de 03/03/2011, p. 380)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE QUE O CANDIDATO SEJA SOLTEIRO E NÃO TENHA FILHOS. NÃO PREVISÃO EM LEI.

(...)

II. O princípio da isonomia, sob a sua perspectiva material ou substancial, não impede discriminações; apenas exige que estas, para serem consideradas válidas (legal e constitucionalmente), sejam impostas de forma razoável e fundamentada, tornando-as legítimas. Ou seja, só se reputa válida uma discriminação quando esta for necessária para se alcançar o objetivo buscado por uma norma ou ato jurídico.

III. Inserindo tais elementos na hipótese dos autos, só se poderia admitir a discriminação aos casados se esta condição impedisse que aqueles que a ostentem bem desenvolvessem as atividades exigidas dos selecionados.

IV. A condição de casado não traz nenhum prejuízo para as atribuições dos ocupantes dos cargos almejados pelos candidatos, donde se conclui que tal exigência não é razoável, sendo, conseqüentemente ilegítima e inconstitucional, por violar o princípio da isonomia substancial.

V. A alegação da autoridade impetrada, no sentido de que tal exigência seria legítima, ante as limitações que o curso impõe ao militar - quarentena e semi-internato -, não podem ser acolhidas, posto que referidas limitações são provisórias (a duração do curso, segundo as informações da autoridade coatora, é inferior a um semestre), não sendo, destarte, incompatíveis com o estado civil de casado, a ponto de justificar que aqueles que ostentam tal condição não possam de tal curso participar.

(...)

VIII. Agravo legal improvido.”

(AMS 2003.61.18.000561-5, Rel. Desembargadora Federal Cecilia Mello, Segunda Turma, DJF3 CJ1 de 09/06/2011, p. 265)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. ARGUIÇÕES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. QUESTÕES PRELIMINARES AFASTADAS. CONCURSO PÚBLICO. CARREIRA MILITAR. AERONÁUTICA. LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO FIXADO EM REGULAMENTO E EDITAL. ILEGALIDADE. EXIGÊNCIA DE ESTADO CIVIL. DESCABIDA. FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. DESCABIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

(...)

4. No mérito, a impetrante já contava com mais de 24 (vinte e quatro) anos de idade e também já era casada quando da inscrição no concurso, sendo estas as razões pelas quais a autoridade impetrada indeferiu o seu pedido de inscrição no certame.

5. A Constituição da República consagra, na cláusula inaugural do artigo 5º, *caput*, o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, convertendo em norma jurídica o princípio da isonomia, que inspira os mais altos ideais de igualdade e justiça da civilização contemporânea.

6. Contudo, dispõe a mesma Carta Política, no art. 142, § 3º, inciso X, que a lei

estabelecerá os contornos do regime jurídico dos servidores militares, em razão da peculiar situação da carreira militar, suas vicissitudes e especificidades, determinando sobre limites de idade e outros requisitos.

7. No plano infraconstitucional, a Lei nº 6.880/1980, dispõe, no seu artigo 10, que o ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

(...)

12. Quanto ao requisito de guardar o candidato a condição de solteiro, apesar da norma expressa contida no artigo 144, § 2º, do Estatuto dos Militares, a verdade é que esta viola disposição expressa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que proíbe preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação, como o relativo ao estado de pessoa.

(...)

14. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.”

(AMS 0001661-61.2006.4.03.6118, Rel. Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, TRF3 CJ1 de 13/12/2011)

Assim, ante os fundamentos vertidos, *nego provimento* à remessa oficial.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0010438-16.2011.4.03.6100
(2011.61.00.010438-2)

Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SP
Apelado: JORGE LUIZ MARTINS BASTOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AMS 334888
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - IDONEIDADE MORAL - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. O artigo 8º, VI, da Lei 8.906/1994 prevê a idoneidade moral como requisito para inscrição como advogado.
2. A OAB/SP indeferiu a inscrição do impetrante por figurar como réu em processo criminal, o que colocaria em dúvida sua idoneidade moral, requisito para inscrição em seu quadro de advogados.
3. O artigo 5º da Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência, não se havendo de negar a inscrição do impetrante nos quadros da OAB, por não satisfazer o requisito da idoneidade moral, em razão de responder a processo criminal, quando a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado.
4. A teor do disposto no artigo 44 da Lei 8.906/94, a OAB tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em todo o País. Portanto, como órgão disciplinador, tem o dever de zelar pelo exercício da classe, competindo-lhe, em caso de suspeita de irregularidade praticada por qualquer advogado, tomar as providências cabíveis nos termos de seu Estatuto.
5. Vindo a ser confirmada, a final, a condenação do impetrante, poderá a OAB/SP cassar seu registro profissional, mantendo a integridade moral da entidade.
6. Sentença concessiva mantida.

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, 29 de março de 2012.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de assegurar a inscrição definitiva do impetrante nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil indeferida pela autoridade por

inidoneidade moral, vez que figura como réu em ações criminais para apuração de infração tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal.

A sentença julgou procedente o pedido, para determinar a inscrição do impetrante nos quadros da OAB/SP, reconhecendo-se sua idoneidade moral, desde que não houvesse trânsito das sentenças penais condenatórias proferidas contra ele. Reexame necessário na forma da lei.

Em apelação, a Ordem dos Advogados do Brasil pugnou pela reforma da sentença. Com contrarrazões, 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): O artigo 5º da Constituição Federal prevê em seu inciso LVII o princípio da não-culpabilidade, ou da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim sendo, a existência de inquérito policial e a mera expectativa de eventual sentença penal condenatória não tem o condão de causar os seus obstáculos e efeitos. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 89.501, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

“O postulado constitucional da não-culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível.

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 89.501, relator Ministro Celso de Mello, DJ: 16/03/2007)

A respeito do tema, manifestou-se a jurisprudência:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ART. 5º, LVII, DA CF. VIOLAÇÃO.

I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

II - Agravo regimental improvido.”

(STF, RE - AgR 559135, Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20/05/2008)

“Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado.”

(STJ, Mandado de Segurança nº 11.396/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3/12/2007)

A teor do disposto no artigo 44 da Lei 8.906/94, a OAB tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em todo o País.

Portanto, como órgão disciplinador, tem o dever de zelar pelo exercício da classe, competindo-lhe, em caso de suspeita de irregularidade praticada por qualquer advogado, tomar as providências cabíveis nos termos de seu Estatuto.

Nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.906/94, a inscrição nos quadros da OAB condiciona-se à comprovação da idoneidade moral, nos seguintes termos:

“Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo.

3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.”

Assim, deverá a questão da idoneidade moral ser analisada pelo Conselho, para, então, ser deferida ou não a inscrição pleiteada nos quadros da OAB.

No entanto, para a declaração da inidoneidade moral deve ter havido uma sentença condenatória transitada em julgado por crime infamante, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Como observado pelo representante do Ministério Público Federal às fls. 354/356-verso.

“Como pode se observar, o próprio artigo em seu § 4º traz a descrição do que vem a ser considerado como fato que caracteriza o não atendimento ao requisito da idoneidade moral, qual seja, ter sido condenado por crime infamante.

Tem-se com isso que, se alguém for condenado por crime infamante, para os fins dessa lei, será considerado pessoa inidônea, fato que impediria sua inscrição nos quadros de advogados da OAB.

A questão é que ao dizer ‘condenado por crime infamante’, o que devemos entender é que é necessário a ocorrência do trânsito em julgado dessa decisão condenatória, sob pena de se violar o princípio constitucional da presunção do estado de inocência, princípio esse que inclusive é bastante defendido pela OAB, e claro, com toda a razão.”

Destarte, não se há de negar a inscrição do impetrante nos quadros da OAB, por não satisfazer o requisito da idoneidade moral, em razão de responder a processo criminal, quando a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado, na medida em que deve ser observado o princípio da presunção de inocência previsto constitucionalmente.

A respeito do tema, manifestou-se a jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO QUE NÃO SE VERIFICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO DE PROCESSO DE INSCRIÇÃO DE CANDIDATO NOS QUADROS DA OAB/SC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 8º, VI, E 3º, E 44, II, DA LEI 8.906/94. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INIDONEIDADE PELA ENTIDADE AUTÁRQUICA COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. FALTA DE JUSTA CAUSA. MULTA DO ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 98/STJ.

(...)

7. O inciso VI do art. 8º da Lei 8.906/94 prevê como requisito para inscrição como advogado junto à Ordem dos advogados do Brasil, ao lado de outros, a idoneidade moral. Observa-se que o referido Estatuto atribui à Autarquia o poder-dever de averiguar o preenchimento dessa qualidade do candidato que, por determinação legal, é indispensável ao exercício da advocacia. Frise-se que aqui não se questiona as diligências administrativas a serem adotadas pelo Órgão para buscar os elementos necessários à formação de sua convicção a esse respeito.

8. Em nosso ordenamento jurídico prevalece o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal que o tenha condenado (art. 5º, inciso LVII, da CF/88), aqui entendido como presunção de idoneidade, que, para ser afastada, exige elementos

mínimos a motivar o início de procedimento administrativo próprio visando ilidir tal presunção.

(...)”

(STJ, REsp 1.074.302, relator Ministro Benedito Gonçalves, DJE: 03/08/2010)

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DISCRICIONÁRIO. POSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. SOBRESTAMENTO ATÉ O DESFECHO DE AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE. IDONEIDADE MORAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

1. É juridicamente possível o pedido formulado em mandado de segurança contra ato discricionário. O espaço da discricionariedade à disposição do administrador é delimitado pela lei, e ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos administrativos.

2. O sobrestamento da inscrição de advogado nos quadros da OAB, por tempo indeterminado, para aguardar desfecho de ação penal, não tem previsão na Lei nº 8.906/94. Vício do ato por ofensa ao princípio da legalidade.

3. O óbice ao registro em razão da mera existência de processo criminal fere o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

4. Vício quanto ao motivo é causa de nulidade do ato administrativo.

5. Apelação e remessa improvidas.”

(TRF2, AMS 2006.50.01.005888-4, relatora Desembargadora Federal Nizete Antonia Lobato Rodrigues, E-DJF2R: 25/03/2011)

“ADMINISTRATIVO - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - INSCRIÇÃO PROFISSIONAL - RESTRIÇÃO INDEVIDA - MANDADO DE SEGURANÇA - CONDENAÇÃO PENAL INEXISTENTE - ÔNUS DA PROVA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, I - APLICABILIDADE - ILEGITIMIDADE DO ATO IMPUGNADO RECONHECIDA.

(...)

A ausência de condenação criminal transitada em julgado impede a OAB de indeferir a inscrição definitiva de advogado, sob a alegação de instauração de incidente de inidoneidade, ante o prestígio ao princípio constitucional da presunção de inocência.

(AMS nº 2007.72.00.008976-0/SC - Relator Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior - TRF/4ª Região - Quarta Turma - Unânime - D. E. 09/6/2008.)

(...)”

(TRF1, AMS nº 2008.33.00.001605-1, relator Desembargador Federal Catão Alves, DJF1: 18/02/2011)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NA OAB/SP INDEFERIDA. LEI Nº 8.906/1994. PROCESSO CRIMINAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXERCÍCIO DE PROFISSÃO. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA PROFISSIONAL.

(...)

3. Ainda que responda o impetrante a processo criminal, isso não impede a sua inscrição nos quadros da OAB/SP, para os fins de exercício da profissão de advogado, pois, o artigo 8º, 4º, da Lei nº. 8.906/94, dispõe que não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial e, como visto, ainda não houve condenação criminal do ora apelado na referida ação penal, prevalecendo, assim, o princípio da presunção de inocência, que somente poderá ser afastado após sentença penal condenatória transitada em julgado.

(...)"

(TRF1, AMS nº 2008.61.00.024207-0, relator Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, DJF3 CJ1: 09/08/2010)

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - EXAME DE ORDEM - INSCRIÇÃO DEFINITIVA - INDEFERIDA - PROCESSO PENAL - SENTENÇA - NÃO TRANSITADA EM JULGADO - ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ORDEM CONCEDIDA.

- A presente ação mandamental foi impetrada em face da Ordem dos Advogados do Brasil - Rio de Janeiro, objetivando a declaração de nulidade do ato que indeferiu a inscrição do impetrante nos quadros da OAB-RJ, bem como para que seja determinado que a referida entidade de classe inscreva o impetrante em seu quadro principal;

- O impetrante foi aprovado no Exame de Ordem e requereu a sua inscrição principal. Ao informar à OAB-RJ que estava respondendo a processo criminal, o recorrente teve indeferido o seu requerimento de inscrição, sendo determinada, ainda, a instauração de processo disciplinar, para a apuração de falta grave, com suporte no § 4º do art. 8º da Lei nº 8.906/94, diante da falsa declaração prestada pelo impetrante por ocasião da sua inscrição como estagiário na OAB-RJ, posto que o impetrante omitiu, naquele momento, que respondia a processo por crime de concussão; - Tem razão o impetrante, eis que não constitui fator impeditivo à inscrição nos quadros da OAB-RJ estar respondendo a processo criminal. A legislação de regência determina que seja negada ou cancelada a inscrição daquele que, embora aprovado no Exame de Ordem, tenha sido condenado por crime, mediante decisão judicial transitada em julgado, i. e., que não caiba mais recurso;

- Não é razoável e proporcional que o impetrante seja impedido de trabalhar como advogado, em não havendo decisão penal condenatória transitada em julgado, em face da existência de processo em que responde por crime de concussão, haja vista o princípio constitucional da presunção de inocência.”

(TRF2, AMS 2006.51.01.011720-9, Desembargador Federal Paulo Espirito Santo, DJU: 30/10/2008)

“ADMINISTRATIVO. OAB. INSCRIÇÃO DE ADVOGADO. INDEFERIMENTO ANTE INCIDENTE DE INIDONEIDADE. PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A ausência de condenação criminal transitada em julgado impede a OAB de indeferir a inscrição definitiva de advogado, sob a alegação de instauração de incidente

de inidoneidade, ante o prestígio ao princípio constitucional da presunção de inocência.”

(TRF4, AMS nº 2007.72.00.008976-0, relator: Edgard Antônio Lippmann Júnior, DE: 09/06/2008)

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. NEGATIVA DE INSCRIÇÃO NA OAB/CE. EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL CONTRA O IMPETRANTE, PENDENTE DE JULGAMENTO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITO AO REGISTRO.

1. É irritó o ato administrativo que obsta o pedido de registro de bacharel nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, sob o fundamento da existência de processo criminal, ainda pendente de decisão, em que o ora Impetrante figura como réu.

2. Direito ao registro, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Remessa Oficial improvida.”

(TRF5, REO 2001.81.00.024591-4, relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, DJ: 27/04/2007)

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB. IDONEIDADE MORAL. AÇÃO CRIMINAL. - A Lei 8.906/94, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, exige, no art. 8º, VI, idoneidade moral como requisito para inscrição como advogado.

- No caso dos autos, entende a OAB-RJ que o autor responde a processos criminais, o que colocaria em dúvida sua idoneidade moral, requisito para inscrição em seu Quadro de advogados.

- No entanto, reza o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

- A Carta Magna consagra o princípio da presunção de inocência, motivo por que, no caso dos autos, não há que se admitir possa ser negada a inscrição do impetrante nos Quadros da OAB, ao argumento de que não satisfaz o requisito da idoneidade moral, por responder a processo criminal, quando a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado.

- Nos termos do art. 44 da Lei 8.906/94, a OAB tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em todo o País. Portanto, como órgão disciplinador, tem o dever de zelar pelo exercício da classe, competindo-lhe, em caso de suspeita de irregularidade praticada por qualquer advogado, tomar as providências cabíveis nos termos de seu Estatuto.

- Vindo a ser confirmada, a final, a condenação do impetrante, poderá a OAB-RJ cassar seu registro profissional, mantendo a integridade moral da entidade.”

(TRF2, AMS 2005.51.01.013548-7, Desembargador Federal Fernando Marques, DJU: 19/06/2006)

“ADMINISTRATIVO - OAB - INSCRIÇÃO DE BACHAREL - EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A presunção de inocência é uma garantia constitucional: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF-88, ART-5, INC-57).”

(TRF4, AMS 9604525794, relator Desembargador Federal Amir José Finocchiaro Sarti, DJ 08/07/1998)

Portanto, indevido o indeferimento da inscrição do impetrante nos quadros da OAB com fundamento em sua suposta inidoneidade moral, vez que não foi condenado em nenhuma ação criminal com trânsito em julgado, tendo referido ato administrativo violado o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por fim, consigne-se que vindo a ser confirmada, a final, a condenação do impetrante, poderá a OAB/SP cassar seu registro profissional, mantendo a integridade moral da entidade.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.
Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0009028-92.2003.4.03.6102
(2003.61.02.009028-8)

Apelantes: JOÃO SABINO NETO E JOÃO DE DEUS BRAGA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Excluídos: CLÁUDIO GUIAS DA SILVA, ANDRÉ MACHADO DE SOUZA E GIVANILDO BARBOSA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: ACr 34398
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2012

EMENTA

PENAL. EXTRAÇÃO DE DIAMANTES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÕES LEGAIS. CRIME AMBIENTAL E CRIME DE USURPAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. LEIS Nº 9.605/1998 E 8.176/1991. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 431 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

1. A extração de diamantes sem autorizações legais configura, a um só tempo, o crime ambiental previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/1998 e o delito tipificado no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, em concurso formal impróprio. Inocorrência de derrogação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Turma.
2. Imputada aos réus a prática de dois delitos e ultrapassado o limite previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/1995, não há falar em adoção do rito nela previsto, tampouco em celebração de transação penal.
3. O mero fato de o agente haver respondido a feitos criminais anteriores e a circunstância de haver sido beneficiado anteriormente com transação penal não configuram maus antecedentes, nos termos da Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 76, § 6º, da Lei nº 9.099/1995.
4. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo dos crimes atribuídos aos réus, deve ser mantida a solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.
5. Recursos providos em parte, para redução das penas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO aos recursos ao fim de, em relação a ambos os réus, reduzir as penas para 3 (três) anos e 1 (um) mês de detenção, inicialmente em regime aberto, e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituídas as penas privativas de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos *supra*. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2012.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações interpostas por *João Sabino Neto e João de Deus Braga* em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 7ª Vara de Ribeirão Preto, SP, que os condenou como incurso nas disposições do art. 55 da Lei nº 9.605/1998 e do art. 2º da Lei nº 8.176/1991.

As penas foram fixadas da seguinte maneira:

a) para o réu *João Sabino Neto*: 1 (um) ano de detenção, a ser cumprido inicialmente em regime aberto, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/1998, e 3 (três) anos de detenção, a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto, e pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pelo cometimento do delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/1991;

b) para o réu *João de Deus Braga*: 1 (um) ano de detenção, a ser cumprido inicialmente em regime aberto, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/1998, e 4 (quatro) anos de detenção, a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto, e pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pelo cometimento do delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/1991.

Consta da denúncia que “Policiais Militares ambientais, em fiscalização realizada durante a operação denominada ‘Diamante V’, no Reservatório da Represa de Marimbondo, Rio Grande, município de Colômbia/SP, surpreenderam os garimpeiros André Machado de Souza, Cláudio Guias da Silva e Givanildo Barbosa da Silva [investigados em outra ação penal] executando atos de lavra mineral, mediante a utilização de embarcação popularmente conhecida como ‘draga’, sem autorização dos órgãos competentes” (f. 3).

Narra, também, a exordial acusatória que “a embarcação empregada para os atos ilegais de lavra de diamantes era de propriedade do denunciado João Sabino, e, no momento da autuação policial, estava em funcionamento em área de responsabilidade do empreendedor e codenunciado João de Deus” (f. 4).

Extrai-se da petição ministerial, outrossim, que “o denunciado João Sabino assumiu a propriedade da balsa tripulada pelos garimpeiros acima referidos, de número 23 - intitulada ‘Tuiuiu’. Confirmou ainda que possuía contrato de parceria para extração de diamantes com o denunciado João de Deus. A distribuição do lucro da extração dos diamantes se dava da seguinte forma: 12% dos valores para João de Deus, 38% para os mergulhadores e 50% para João Sabino” (f. 7).

Relata, também, a denúncia que o acusado João de Deus não possuía autorização para extração na área onde os fatos se passaram, conforme informações prestadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (f. 58-59), sendo que a “Licença apresentada pelo mesmo perante o IBAMA apenas lhe permitia a pesquisa mineral no local” (f. 7).

Ainda de acordo com a acusação, foram apreendidos instrumentos utilizados para a atividade minerária, inclusive uma bomba injetora de combustível, considerada “indispensável à extração de diamantes do modo como executada no local, conforme se verifica no auto de apreensão de fls. 12 e do laudo de fls. 18/19” (f. 5).

Em suas razões recursais, a defesa do réu João de Deus Braga pugna pela reforma da sentença, aduzindo que: 1) o art. 2º da Lei nº 8.176/1991 foi revogado pelo art. 55 da Lei nº 9.605/1998, razão pela qual a conduta descrita pela acusação configura, tão-somente, o crime ambiental de extração de recursos minerais sem a competente autorização ou licença; 2) “deverá ser observado o rito processual das infrações de menor potencial ofensivo, perante o Juizado Especial Federal criminal, porquanto a pena máxima cominada ao delito do artigo 55 da Lei é inferior a dois anos, requerendo a anulação da sentença monocrática, com o fim de oportunizar ao réu, no Juízo de origem competente, a suspensão condicional do processo” (f. 584).

A defesa do réu João Sabino Neto, em suas razões recursais, busca a reforma da sentença, com base nas seguintes alegações:

a) não restou provada a materialidade do crime imputado ao réu, não bastando para a imposição de um decreto condenatório os depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação, na medida em que são “frágeis” e não trazem a convicção da prática do delito (f. 597);

b) o apelante é primário, portador de bons antecedentes e possui residência própria, bem como trabalho honesto;

c) o MM. Juiz de primeira instância não indicou as provas utilizadas para fundamentar a condenação prolatada;

d) não existe um juízo de certeza suficiente para condenar o apelante, razão pela qual deve ser aplicado o princípio “in dubio pro reo”;

e) para a eventualidade de não ser acolhido o pleito absolutório, deve ser aplicada, tão-somente, uma das penas impostas pelo MM. Juiz de primeira instância.

O *Parquet* federal apresentou contrarrazões.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Janice Agostinho Barreto Ascari, opina pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): De início, cumpre afastar a alegação, formulada pela defesa, de que o artigo 55 da Lei nº 9.605/1998 derogou o artigo 2º da Lei nº 8.176/1991.

Com efeito, a jurisprudência é pacífica no sentido de que os aludidos dispositivos legais convivem em harmonia, porquanto tutelam bens jurídicos distintos: o patrimônio da União e o meio-ambiente. Citem-se, a título de exemplos, os seguintes precedentes:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO. DERROGAÇÃO. *LEX MITIOR*. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91 E ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. INOCORRÊNCIA DA *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*.

I - Quando as normas incriminadoras tutelam bens jurídicos diversos incoorre o denominado conflito de leis penais no tempo. Não há, no caso, derrogação.

II - O art. 2º da Lei nº 8.176/91 indica o delito da usurpação como forma de infração contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar

matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas por título autorizativo. O art. 55 da Lei nº 9.605/98, por sua vez, descreve crime contra o meio ambiente. *Habeas corpus* denegado.” (STJ, 5ª Turma, HC nº 36624, rel. Ministro Felix Fischer, j. em 2.9.2004, DJ de 4.10.2004, p. 335)

“CRIMINAL. HC. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE COM FINALIDADE MERCANTIL. USURPAÇÃO X EXTRAÇÃO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. CONCURSO FORMAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

I - O art. 2º da Lei 8.176/91 descreve o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Já o art. 55 da Lei 9.605/98 descreve delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

II - Noticiada a existência de crime em tese, bem como indícios de autoria há necessidade de apuração a respeito do ocorrido, o que só será possível no transcurso da respectiva ação penal, sendo despicienda a alegação de isenção de apresentação de licença ambiental para exploração de areia.

III - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

IV - Ordem denegada.”

(STJ, 5ª Turma, HC nº 30852, rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 13.4.2004, DJ de 24.5.2004, p. 307)

Estabelecida essa premissa, chega-se à conclusão de que também não procede o pleito defensivo para que seja observado o rito apropriado às infrações penais de menor potencial ofensivo e oportunizado o direito de transação penal. É que o artigo 2º da Lei nº 8.176/1991 estabelece pena máxima de 5 (cinco) anos de detenção, mais do que suficiente para ultrapassar o limite de 2 (dois) anos, previsto pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/1995.

Também não merece acolhida a alegação de falta de prova de materialidade. Deveras, é incontroverso que havia a exploração de diamantes, assim como é indubitoso que tal atividade era exercida sem o amparo nas necessárias licenças administrativas. A comprovação de tais fatos não depende da prova testemunhal, resultando dos documentos produzidos nos autos, especialmente os autos de infração de f. 29 e 97, o auto de apreensão de f. 22 e o ofício de f. 58, este último revelador da ausência da necessária autorização.

A autoria, por sua vez, é certa e recai sobre os réus: um, proprietário do equipamento utilizado para a perpetração da atividade ilícita; e outro, àquele associado por meio de ajuste de parceria.

Tanto a materialidade quanto a autoria e, ainda, o dolo dos réus foram bem demonstrados na sentença, que merece confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nessas condições, é inafastável a manutenção da solução condenatória em relação a ambos os apelantes.

Passo ao exame das penas.

O apelante *João Sabino Neto* foi apenado com 1 (um) ano de detenção e 60 (sessenta) dias-multa quanto ao crime previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/1998. O MM. Juiz de primeira instância chegou a esse resultado partindo de pena-base de 9 (nove) meses de detenção, agravada de 2/6 (dois sextos) - equivalentes a 3 (três) meses de detenção - por conta da aplicação - não impugnada pelo recorrente - das alíneas “c” e “o” do inciso II do artigo 15 da Lei nº 9.605/1998.

A pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal em razão de “maus antecedentes” e da maior culpabilidade. Esta última foi demonstrada por elementos concretos indicados na sentença (f. 563) e efetivamente se justifica certa exasperação. Os “maus antecedentes”, todavia, não subsistem, já que a sentença alude ao fato de o réu ter respondido a feitos criminais anteriores e à circunstância de haver sido beneficiado por transação penal. Nenhuma dessas duas situações autoriza a conclusão de que o réu possua maus antecedentes, como se colhe da Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça e do artigo 76, § 6º, da Lei nº 9.099/1995.

Por isso, reduzo a pena-base para 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Sobre esse *quantum* incidem apenas as agravantes mencionadas na sentença, calculadas à base de 2/6 (dois sextos) ou, mais propriamente, 1/3 (um terço). Contas feitas, chega-se ao resultado de *10 (dez) meses de detenção e 60 (sessenta) dias-multa*, que torno definitivo.

No que concerne ao delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, o réu *João Sabino Neto* foi sancionado com 3 (três) anos de detenção e 120 (cento e vinte) dias-multa.

Também aqui a sentença merece reparo, na medida em que não se configuram, tecnicamente, os cogitados “maus antecedentes” do réu.

Assim, reduzo a pena-base para *2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção e 90 (noventa) dias-multa*, mantendo certa exasperação para além do mínimo à vista da maior culpabilidade, evidenciada pela circunstância de que a conduta foi perpetrada “mesmo diante de embargo de interdição anterior da atividade”, como bem destacou o juiz de primeiro grau (f. 563).

À míngua de agravantes, atenuantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, torno definitivas as aludidas penas.

Entre os dois crimes há concurso formal impróprio, como já decidiu esta Turma anteriormente, em caso análogo: RSE 5449, rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DJF3 CJ1 20/08/2009, p. 173.

Somadas, destarte, as penas, chega-se a um resultado final de *3 (três) anos e 1 (um) mês de detenção e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa*, estes na base de valor mencionada na sentença.

O réu *João de Deus Braga* foi condenado a 1 (um) ano de detenção e 60 (sessenta) dias-multa quanto ao crime previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/1998. O MM. Juiz de primeira instância chegou a esse resultado partindo de pena-base de 10 (dez) meses de detenção, agravada de 2/6 (dois sextos) por conta da aplicação - não impugnada pelo

recorrente - das alíneas “c” e “o” do inciso II do artigo 15 da Lei nº 9.605/1998 e observado o limite máximo previsto no tipo penal.

A pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal em razão de “maus antecedentes” e da maior culpabilidade. Esta última foi demonstrada por elementos concretos indicados na sentença (f. 564) e efetivamente se justifica certa exasperação. Os “maus antecedentes”, todavia, não subsistem, já que a sentença alude ao fato de o réu ter respondido a feitos criminais anteriores. Tal situação, porém, não autoriza a conclusão de que o réu possua maus antecedentes, como se colhe da Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Por isso, reduzo a pena-base para 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Sobre esse *quantum* incidem apenas as agravantes mencionadas na sentença, calculadas à base de 2/6 (dois sextos) ou, mais propriamente, 1/3 (um terço). Contas feitas, chega-se ao resultado de 10 (dez) meses de detenção e 60 (sessenta) dias-multa, que torno definitivo.

No que tange ao delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/1991, o réu *João de Deus Braga* foi sancionado com 4 (quatro) anos de detenção e 120 (cento e vinte) dias-multa.

Também aqui a sentença merece reparo, na medida em que não se configuram, tecnicamente, os cogitados “maus antecedentes” do réu.

Assim, reduzo a pena-base para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de detenção e 90 (noventa) dias-multa, mantendo certa exasperação para além do mínimo à vista da maior culpabilidade, evidenciada pela circunstância de que a conduta foi perpetrada “mesmo diante de embargo de interdição anterior da atividade”, como bem destacou o juiz de primeiro grau (f. 564).

À míngua de agravantes, atenuantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, torno definitivas as aludidas penas.

Configurado o concurso formal impróprio, nos termos *supra*, e, por conseguinte, somadas as penas, chega-se a um resultado final de 3 (três) anos e 1 (um) mês de detenção e 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, estes na base de valor mencionada na sentença.

Afastados os maus antecedentes em relação a ambos os réus, não há empeço ao cumprimento das penas, inicialmente, em regime aberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, alínea “c”).

Por identidade de razões, substituo as penas privativas de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade (Código Penal, artigo 44).

Para cada um dos réus, a prestação pecuniária fica estabelecida em 37 (trinta e sete) salários mínimos, *quantum* que se atinge mediante a aplicação da proporção de um salário mínimo por mês de pena substituída. Referido pagamento será destinado à União, como vítima que é.

Também em relação a ambos os recorrentes, a prestação de serviços à comunidade será disciplinada pelo juízo da execução, observadas as diretrizes dos artigos 46 e 55 do Código Penal.

Eventual prescrição das penas menores, à vista dos *quanta* fixados, e respectivos reflexos sobre o resultado final serão aferidos após o trânsito em julgado do acórdão para a acusação.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos ao fim de, em relação a ambos os réus, reduzir as penas para 3 (três) anos e 1 (um) mês de detenção, inicialmente em regime aberto, e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, substituídas as penas privativas de liberdade por prestações pecuniária e de serviços à comunidade, nos termos *supra*. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006931-42.2004.4.03.6181
(2004.61.81.006931-9)

Apelante: VIDAL ANTONIO LANDI VISCONTI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: ACr 35632
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/03/2012

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO ART. 171, § 3º DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Verifica-se do conjunto probatório que o apelante efetivamente emitiu cheque para o pagamento de tributos junto à Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, tendo posteriormente sustado o seu pagamento.
2. A materialidade do delito restou comprovado nos presentes autos pelo farto conjunto probatório, sobretudo pelo teor do constante no procedimento administrativo, com destaque para o cheque ali encartado, o qual consta em seu verso que foi devolvido em função do seu pagamento ter sido obstado pelo correntista - identificado pelo código de devolução “alinea 21”. Do mesmo modo, é o teor da prova testemunhal colhida sob o crivo do contraditório, que asseverou os fatos narrados na denúncia de forma verossímil.
3. A autoria delitativa está igualmente comprovada, pois o apelante quando interrogado afirmou ter emitido o cheque e, posteriormente, determinado ao banco sacado que não efetuasse o pagamento do título.
4. Não restou comprovado nos autos a alegada tese de que o apelante tenha exibido aos funcionários da Alfândega a Declaração de Saída Temporária de Bens da data dos fatos. Do mesmo modo, a conduta perpetrada pelo réu, emitindo cheque e sustando-lhe o pagamento para conseguir a liberação de mercadoria sem o pagamento do imposto devido, não é revestida de licitude. Há mecanismos legais no ordenamento jurídico pátrio para que o réu, discordando da autuação sofrida, pudesse impugná-la. Ao valer-se do aludido expediente, ludibriando os servidores da União, para obter vantagem patrimonial indevida, consistente no desembaraço de bem sem o recolhimento de tributo que apurou-se devido, em detrimento do erário, a conduta se amolda ao tipo penal descrito no artigo 171, § 2º, VI, do Código Penal.
5. Porquanto o crime foi cometido contra entidade de direito público, é de se incidir a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal.
6. O decreto condenatório deve ser mantido.
7. No que tange a dosimetria das penas, corretamente fixada não merece quaisquer reparos.
8. Mantido o valor unitário de cada dia-multa e o regime inicial de cumprimento de pena.

9. No que tange a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, verifico que merece reparo a r. sentença nesse sentido.

10. Ressalte-se que, no presente caso, o dano patrimonial foi de pequena monta, não restando outro caminho para a aplicação da reprimenda a não ser fazer uma conjugação dos princípios que norteiam a fixação da sanção penal, ou seja, individualização e proporcionalidade, responsáveis pela análise do desvalor da ação delituosa e do seu resultado.

11. Considerando a situação fática dos autos, em que o réu reside nos Estados Unidos da América, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial e por uma de prestação pecuniária, revela-se desproporcional à gravidade do delito e a condição do apelante.

12. Presentes os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em uma de prestação pecuniária, e por uma pena de multa, conforme disposto no § 2º do citado dispositivo.

13. Mantenho a pena de prestação pecuniária tal como lançada na sentença, consistente na entrega de 05 cestas-básicas, no valo mínimo, cada uma, de R\$ 300,00 (trezentos reais), à entidade com destinação social.

14. No que tange a pena de multa substitutiva cumpre fixá-la em 60 (sessenta) dias-multa, considerando a necessidade de reprovação ao delito praticado.

15. O valor de cada dia-multa deve ser fixado seguindo os mesmos critérios utilizados para a pena de multa na sentença, ou seja, em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos e corrigidos monetariamente, considerando a inexistência de informações acerca da condição financeira do apelante.

16. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, tão-somente para substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em uma de prestação pecuniária, e por uma pena de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de março de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por Vidal Antonio Landi Visconti em face da sentença que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 171, § 2º c. c. § 3º, do Código Penal.

Consta da denúncia que o réu emitiu cheque para pagar tributo na Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, no valor de R\$ 1.771,29 (hum mil setecentos e

setenta e um reais e vinte e nove centavos), sendo certo que na data da sua compensação - 18.04.2004 - o cheque foi devolvido, por ter sido sustado pelo apelante.

A denúncia foi recebida em 05.11.2004 (fl. 30).

O prazo prescricional da pretensão punitiva foi suspenso no lapso compreendido entre 10.05.2005 e 13.04.2007, nos termos dos artigos 386 do Código de Processo Penal, ante o fato do réu residir no exterior e ter sido expedida carta rogatória para a sua citação (fls. 37/38 e 65/67).

Após regular instrução, sobreveio sentença (fls. 142/148) que julgou procedente a ação penal, para condenar Vidal Antonio Landi Visconti, pela prática do delito previstos no artigo 171, artigo 171, § 2º c. c. § 3º, do Código Penal, a cumprir a pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída, pelo mesmo prazo, por uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial, e por uma pena de prestação pecuniária, consistente na entrega de 05 cestas-básicas, no valor mínimo, cada uma, de R\$ 300,00 (trezentos reais), a entidade com destinação social.

Inconformado, Vidal Antonio Landi Visconti apela (fls. 158/160) requerendo sua absolvição, alegando, em síntese, que embora tenha sustado o cheque emitido, não alvejou obter vantagem indevida ou ludibriar os servidores da União, mas o fez porque achou que o pagamento do imposto era indevido. Aduz, ainda, que as mercadorias sobre as quais houve a cobrança de dos valores, eram provenientes do território nacional e foram declaradas em declaração de saída temporária de bens. Por fim, sustenta não possuir condições de cumprir a pena imputada, haja vista que reside nos Estados Unidos da América.

Foram apresentadas as contrarrazões.

A Procuradoria Regional da República opina pelo não provimento do recurso de apelação (fls. 169/170).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

O apelante VIDAL ANTONIO LANDI VISCONTI foi denunciado e, posteriormente, condenado pela prática do delito previstos no artigo 171, § 2º c. c. § 3º, do Código Penal, a cumprir a pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída, pelo mesmo prazo, por uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial, e por uma pena de prestação pecuniária, consistente na entrega de 05 cestas-básicas, no valor mínimo, cada uma, de R\$ 300,00 (trezentos reais), a entidade com destinação social.

Inconformado, apresentou recurso de apelação (fls. 158/160) requerendo sua absolvição, alegando, em síntese, que embora tenha sustado o cheque emitido, não alvejou obter vantagem indevida ou ludibriar os servidores da União, mas o fez porque achou que

o pagamento do imposto era indevido. Aduz, ainda, que as mercadorias sobre as quais houve a cobrança de dos valores, eram provenientes do território nacional e foram declaradas em declaração de saída temporária de bens. Por fim, sustenta não possuir condições de cumprir a pena imputada, haja vista que reside nos Estados Unidos da América.

O recurso da defesa não merece prosperar.

É possível verificar do conjunto probatório que o apelante efetivamente emitiu cheque no valor de R\$ 1.771,29 (hum mil setecentos e setenta e um reais e vinte e nove centavos) para o pagamento de tributos junto à Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, tendo posteriormente sustado o seu pagamento.

A materialidade do delito restou comprovado nos presentes autos pelo farto conjunto probatório, sobretudo pelo teor do constante no procedimento administrativo de fls. 02/27, com destaque para o cheque encartado à fl. 13, o qual consta em seu verso que foi devolvido em função do seu pagamento ter sido obstado pelo correntista - identificado pelo código de devolução “alinea 21”. Do mesmo modo, é o teor da prova testemunhal (fl. 118) colhida sob o crivo do contraditório, que asseverou os fatos narrados na denúncia de forma verossímil.

A autoria delitiva está igualmente comprovada, pois o apelante quando interrogado (fls. 66/67) afirmou ter emitido o cheque e, posteriormente, determinado ao banco sacado que não efetuasse o pagamento do título.

Desta feita, diante do acima exposto, tem-se como comprovada a autoria e materialidade do delito em análise.

Verifica-se, *contrario sensu* ao alegado pela defesa, que não restou comprovado nos autos que o apelante tenha exibido aos funcionários da Alfândega a Declaração de Saída Temporária de Bens (fl. 75) da data dos fatos. Do mesmo modo, a conduta perpetrada pelo réu, emitindo cheque e sustando-lhe o pagamento para conseguir a liberação de mercadoria sem o pagamento do imposto devido, não é revestida de licitude. Há mecanismos legais no ordenamento jurídico pátrio para que o réu, discordando da autuação sofrida, pudesse impugná-la. Ao valer-se do aludido expediente, ludibriando os servidores da União, para obter vantagem patrimonial indevida, consistente no desembaraço de bem sem o recolhimento de tributo que apurou-se devido, em detrimento do erário, a conduta se amolda ao tipo penal descrito no artigo 171, § 2º, VI, do Código Penal.

Ademais, porquanto o crime foi cometido contra entidade de direito público, é de se incidir a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal.

Destarte, o decreto condenatório deve ser mantido.

No que tange a dosimetria das penas, verifico que corretamente fixada, não merecendo quaisquer reparos.

A pena-base foi fixada pelo MM. Juiz singular em seu patamar mínimo, qual seja, 01 (um) ano de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Por fim, foi aplicada a causa de aumento de pena prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal, elevando a pena corporal e pecuniária em 1/3 (um terço), resultando assim na pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Mantenho o valor unitário de cada dia-multa e o regime inicial de cumprimento de pena.

No que tange a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, verifico que merece reparo a r. sentença nesse sentido.

Ressalte-se que, no presente caso, o dano patrimonial foi de pequena monta, não

restando outro caminho para a aplicação da reprimenda a não ser fazer uma conjugação dos princípios que norteiam a fixação da sanção penal, ou seja, individualização e proporcionalidade, responsáveis pela análise do desvalor da ação delituosa e do seu resultado.

A sanção penal deve atingir seus objetivos retributivo e intimidativo, buscando desestimular novas práticas delitivas pelo infrator, e deve ter como escopo retribuir, proporcionalmente, o mal por ele praticado.

Considerando a situação fática dos autos, em que o réu reside nos Estados Unidos da América, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial e por uma de prestação pecuniária, revela-se desproporcional à gravidade do delito e a condição do apelante.

Desta feita, a ação do magistrado deve ser pautada na proporcionalidade, corolário do princípio da razoabilidade, de modo que o meio de intervenção seja adequado aos objetivos da proteção e não podem gerar resultados excessivos ao particular.

Alberto Silva Franco, citado por Miguel Reale Junior, afirma que “mediante o princípio da proporcionalidade, deve-se fazer uma ‘ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém poder ser privado (gravidade da pena)”. (in “A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios”, RT 763/417)

A pena de prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial, pelo prazo da pena privativa de liberdade - 1 ano e 4 meses, acabaria se tornando medida severa demais ao réu, que, por não residir em território nacional, seria obrigado a ausentar-se de seu local de residência para cumpri-la. Do mesmo modo, a imposição de seu cumprimento poderá acarretar na ineficácia da medida, impedindo, pois, a recuperação do infrator ou até a sua conversão em pena privativa de liberdade ante o seu descumprimento (art. 44, § 4º, CP).

Assim, é de se entender que tal medida, como lançada pelo MM. Juiz sentenciante, consubstanciar-se-ia em afronta ao princípio da proporcionalidade, motivo pela qual não poderá subsistir.

Presentes os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em uma de prestação pecuniária, e por uma pena de multa, conforme disposto no § 2º do citado dispositivo.

Mantenho a pena de prestação pecuniária tal como lançada na sentença, consistente na entrega de 05 cestas-básicas, no valo mínimo, cada uma, de R\$ 300,00 (trezentos reais), à entidade com destinação social.

No que tange a pena de multa substitutiva cumpre fixá-la em 60 (sessenta) dias-multa, considerando a necessidade de reprovação ao delito praticado.

O valor de cada dia-multa deve ser fixado seguindo os mesmos critérios utilizados para a pena de multa na sentença, ou seja, em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos e corrigidos monetariamente, considerando a inexistência de informações acerca da condição financeira do apelante.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, tão-somente para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em uma de prestação pecuniária, e por uma pena de multa.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0008036-70.2009.4.03.6119
(2009.61.19.008036-3)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDES JÚNIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 47140
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2012

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. PASSAPORTE AUTÊNTICO COM VISTO CONSULAR FALSO. ART. 297 E 304 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. TIPICIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO.

1. A materialidade do crime previsto no art. 304 (c. c. o art. 297) do Código Penal está comprovada através da resposta do Consulado Geral dos Estados Unidos no Rio de Janeiro a ofício expedido pela Polícia Federal, em que se solicitaram informações sobre a autenticidade do visto americano apostado no passaporte do réu.

2. A autoria foi comprovada por meio de ofício expedido pelo Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos da América à Polícia Federal, em que a informou sobre a apreensão de 28 (vinte e oito) passaportes brasileiros em diversos portos de entrada dos EUA, por terem sido utilizados de forma fraudulenta por pessoas que tentavam ingressar no país. Entre tais passaportes se encontrava o do acusado. Em seu interrogatório, o réu confirmou ter viajado aos EUA, pelo Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, e ter sido detido e posteriormente deportado por autoridades estadunidenses em Miami/EUA, em razão de irregularidades em seu passaporte.

3. Os fatos denunciados são típicos. Os artigos 304 e 297 do Código Penal não fazem distinção entre documentos públicos *nacionais* e *estrangeiros*. Para que se constate a tipicidade da conduta perpetrada pelo agente, basta tão somente a contrafação de qualquer documento público, assim entendido como qualquer documento lavrado por autoridades públicas nacionais ou de estados estrangeiros, reconhecidos diplomaticamente pelo Brasil. O estado brasileiro se encontra adstrito pelo princípio da cooperação e seus compromissos internacionais. Tratando-se de documento público estrangeiro análogo a documento expedido pelo próprio estado brasileiro, condizente com os princípios e valores sociais e jurídicos nacionais, não há razão de se negar igual proteção à fé pública de tal documento. A aposição de um único visto falso em um passaporte autêntico é o suficiente para inquirar sua idoneidade. É impróprio afirmar que se trata de conduta penalmente irrelevante e, portanto, materialmente atípica, a utilização de passaporte com visto falsificado, sob o argumento de “não produz[ir] efeito jurídico nem ofende[r] a fé pública brasileira”. Há de se lembrar ser interesse do estado brasileiro que se mantenha a *fiabilidade* de seus documentos públicos

perante estados estrangeiros e a utilização de passaporte genuíno com qualquer tipo de contrafação vilipendia a fé pública tutelada pelo Código Penal.

4. Não é crível a versão do réu, de que não suspeitasse da ilegalidade da transação de que participava, ao contratar pessoa estranha na rua para renovar visto consular. O acusado é proveniente de família com suficientes recursos financeiros para ter arcado com uma viagem sua para os EUA anteriormente, conforme seu próprio relato em juízo, assim como com seus estudos em uma universidade privada. Não se trata de pessoa ingênua, sem recursos ou instrução. Deduz-se que o réu possui conhecimentos suficientes, ou teve plena possibilidade de acerrar-se deles, para deduzir que a obtenção de um visto consular é um procedimento formal revestido de determinadas cautelas.

5. Conclui-se que o réu, apresentando seu passaporte com visto consular estrangeiro falso à fiscalização aeroportuária, para viajar para o exterior, livre e conscientemente fez uso de documento público falso.

6. Apelação do Ministério Público Federal provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dou provimento* à apelação do *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, para condenar *JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDES JÚNIOR* à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, assim como substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, conforme especificado pelo Juízo das Execuções, e 4 (quatro) salários mínimos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Descrição fática: Consta da denúncia de fls. 74/76, recebida em 16.07.2008 (fl. 79), que JOSÉ INÁCIO MEDICI BERMUDES JÚNIOR fez uso de documento falso, a saber, seu passaporte, contendo visto consular norte-americano falso.

Narra a peça exordial que o Departamento Americano de Imigração remeteu à Polícia Federal Brasileira vinte e oito passaportes falsificados, usados por brasileiros para fins de ingresso ilegal em solo estadunidense. Dentre esses passaportes estava o do denunciado, o qual, não obstante sua autenticidade material, contava visto consular falso, cuja falsidade foi atestada pelo Consulado Geral norte-americano.

Inicialmente, a ação penal foi proposta na Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, porém, acolhida exceção de incompetência (fl. 121), remeteram-se os autos à Subseção Judiciária de Guarulhos/SP, após o que se suscitou conflito negativo de competência perante o e. STJ, que decidiu pela competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Guarulhos para processamento do feito.

Imputação: Art. 304 do Código Penal (CP).

Sentença (fls. 362/365): Publicada em 22.08.2011, a r. sentença prolatada pelo absolvendo o réu das imputações que lhe foram feitas na denúncia, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal (CPP). Entendeu o juízo que a aposição de visto estrangeiro contrafeito em passaporte não tem relevância penal para o ordenamento jurídico pátrio, faltando-lhe tipicidade material.

Apelante - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 378/387): Requer a reforma da sentença, a fim de condenar o réu pelos fatos aduzidos na denúncia. Argumenta, em suma:

a) Trata-se de crime formal, consumado no momento do embarque do acusado, que se deu no Aeroporto Internacional de Guarulhos;

b) O visto consular integra o passaporte, sendo que a eventual falsidade daquele altera a autenticidade deste. Desta forma, o crime ocorrera aqui no Brasil.

c) Estão devidamente provados materialidade, autoria e dolo.

Contrarrazões apresentadas pelo apelado às fls. 419/435.

Parecer da Procuradoria Regional da República (Dra. Rose Santa Rosa - fls. 413/415): Opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

1. DA MATERIALIDADE

A materialidade do crime previsto no art. 304 (c. c. o art. 297) do Código Penal está comprovada através da resposta do Consulado Geral dos Estados Unidos no Rio de Janeiro ao Ofício nº 5662/07 expedido pela Polícia Federal, em que se solicitaram informações sobre a autenticidade do visto americano apostado no passaporte CH 475385, em nome de *JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDES JÚNIOR* (fls. 28 e 34).

Segundo o Consulado Geral, “[...] não consta em nossos registros nenhuma solicitação de visto consular nos últimos anos em nome de *José Inácio Médici Bermudes Junior*, e nem que o visto de nº 12243104 contido na cópia enviada por V. S^a. tenha sido emitido a qualquer outra pessoa. Podemos portanto, comprovar que tal visto não é autêntico”.

2. DA AUTORIA

A autoria foi igualmente comprovada. O Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos da América (EUA) informou através de ofício à Polícia Federal a apreensão de 28 (vinte e oito) passaportes em diversos portos deste país, por terem sido utilizados de forma fraudulenta por pessoas que nele tentavam ingressar. Entre tais passaportes se encontrava o de *JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDES JÚNIOR* (fls. 15 e 17).

Durante seu interrogatório, o réu confirmou ter viajado aos EUA, pelo Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, e ter sido detido e posteriormente deportado por autoridades estadunidenses de Miami/EUA, em razão de irregularidades em seu passaporte (fls. 291).

3. DA TIPICIDADE DOS FATOS

Em sua apelação, sustenta o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* que o delito imputado a *JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDEZ JÚNIOR*, qual seja, o uso de documento falso (art. 304 e art. 297 do Código Penal), se trata de crime formal e teria se consumado no Brasil, no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, no momento em que o réu apresentou à fiscalização o seu passaporte autêntico, com um visto estadunidense falso, quando embarcava para os EUA. Afirma a acusação que a inautenticidade do visto afeta a validade do próprio passaporte original.

O MM. Juiz *a quo* absolveu o acusado, fundando sua decisão sobre o argumento de atipicidade da conduta denunciada. Conforme o entendimento do MM. Juiz sentenciante, embora o réu tenha apresentado documento público adulterado, tal adulteração é penalmente irrelevante, ensejando a atipicidade do fato. O excerto a seguir bem expõe sua fundamentação:

“Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são requisitos para aplicação do referido princípio ‘a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada’ [...].

Estes vetores restam atendidos na conduta de uso de passaporte autêntico com visto americano falso, certamente no Brasil, onde a conduta não produz efeito jurídico nem ofende a fé pública brasileira, não é socialmente perigosa, tem reduzidíssimo grau de reprovabilidade e não provoca lesão jurídica, mas também nos EUA, onde aquele Estado não lhe dá tratamento penal.

Irrelevante o fato no Brasil (não dizendo respeito à sua fé pública nem tendo efeitos aqui, o que torna o fato absolutamente atípico em nosso território) e insignificante nos Estados Unidos (cuja fé pública foi ofendida e onde a conduta tem eficácia jurídica, mas não é penalmente reprimida, o que impede a extraterritorialidade da lei penal), a ré deve ser absolvida [*sic*].”

Em que pese a respeitável construção lógica exarada pelo Juiz sentenciante, entendendo não se tratar da melhor interpretação para o caso.

Com efeito, os artigos 304 e 297 do Código Penal não fazem distinção entre documentos públicos *nacionais* e *estrangeiros*. Para que se constate a tipicidade da conduta perpetrada pelo agente, basta tão somente a contrafação de qualquer documento público, assim entendido como qualquer documento lavrado por autoridades públicas nacionais ou de estados estrangeiros reconhecidos diplomaticamente pelo Brasil.

O estado brasileiro se encontra adstrito pelo princípio da cooperação em seus compromissos internacionais. Tratando-se de documento público estrangeiro análogo a documento expedido pelo próprio estado brasileiro, condizente com os princípios e valores sociais e jurídicos nacionais, não há razão de se negar igual proteção à fé pública de tal documento.

De outra parte, a aposição de um único visto falso em um passaporte autêntico é o suficiente para inquirar sua idoneidade. É impróprio afirmar que se trata de conduta penalmente irrelevante e, portanto, materialmente atípica, a utilização de passaporte com visto falsificado, sob o argumento de “não produz[ir] efeito jurídico nem ofende[r] a fé pública brasileira”. Há de se lembrar ser interesse do estado que se mantenha a

fiabilidade de seus documentos públicos perante estados estrangeiros e a utilização de passaporte genuíno com qualquer tipo de contrafação vilipendia a fé pública tutelada pelo Código Penal.

Atente-se ainda ao fato, como bem exposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, de que, *in casu*, a consumação do crime previsto no art. 304 ocorreria no momento imediatamente anterior ao embarque, em que o passaporte espúrio foi apresentado à Polícia Federal, instituição responsável pela fiscalização da lidimidade de passaportes.

Observem-se os seguintes precedentes:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ARTIGOS 304, DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. POTENCIALIDADE LESIVA DA FALSIFICAÇÃO CONFIGURADA. DOLO COMPROVADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARCIALMENTE DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A materialidade delitiva ficou demonstrada pelo Auto de Apreensão e pelo laudo de exame documentoscópico, que concluiu pela falsificação do visto norte-americano aposto no passaporte da acusada. 2. A autoria está comprovada pelos depoimentos das testemunhas de acusação, da apelante e da corrê. 3. *A acusada, ao embarcar, no Brasil, em vôo com destino aos Estados Unidos da América, fez uso de visto consular falso aposto em seu passaporte brasileiro autêntico, apresentando-o às autoridades brasileiras competentes, sendo irrelevante, para a configuração do delito, a posterior deportação pela autoridade estrangeira. A potencialidade lesiva da falsificação está configurada, pois foi capaz de ludibriar as autoridades brasileiras de imigração, que são pessoas treinadas para constatar a falsidade dos documentos apresentados no embarque internacional. Ademais, houve lesão a interesses da União, pois o visto falso foi aposto em documento brasileiro verdadeiro, bem como foi apresentado a agentes públicos federais.* 4. A alegação de que a ré não sabia da falsidade do visto deve ser afastada, vez que tinha pleno conhecimento do procedimento para obter o visto regularmente, optando pela maneira ilícita em razão da possibilidade de ingressar naquele País, ainda que irregularmente e mediante o pagamento de elevada quantia. 5. As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, são parcialmente desfavoráveis à ré. Embora seja primária e tenha bons antecedentes, as conseqüências do delito foram graves. Tratando-se de crime formal, a efetiva produção de efeitos jurídicos pelo uso do documento falsificado, bem como o efetivo prejuízo a particulares, devem ser considerados para majorar a pena-base, razão pela qual deve ser mantida aquela fixada na sentença. 6. Apelação a que se nega provimento.” (ACR 199961810076790, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 19/05/2011, PÁGINA: 1280, grifamos)

“PENAL - PROCESSUAL PENAL - RECURSO *EX-OFFICIO* EM *HABEAS CORPUS* - PASAPORTE - VISTO DE ENTRADA EM PAÍS ESTRANGEIRO COM INDÍCIOS DE FALSIFICAÇÃO - FATO TÍPICO DESCRITO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL - DELITO DE ATIVIDADE - EVIDÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO (FÉ PÚBLICA) -

EXTRATERRITORIALIDADE DO PREJUÍZO - IRRELEVÂNCIA - NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. *A utilização de passaporte da República Federativa do Brasil, documento de natureza pública, com visto falso (conduta prevista no art. 297 do CP) tipifica, em tese, o crime descrito no art. 304 do Código Penal que tem por sujeito passivo da infração penal a União e, secundariamente, a terceira pessoa prejudicada, enquanto o objeto jurídico tutelado pela norma é a fé pública.* 2. *Evidencia-se lesão ao bem jurídico 'in casu' porquanto a lei não admite o desvirtuamento tanto dos documentos públicos, em sua acepção material, quanto das informações neles constantes.* 3. *Tratando-se de tipo penal que encerra um delito formal, não há que se falar em resultado naturalístico para a sua consumação, ou seja, a ocorrência de efetiva lesão à fé pública, sendo punível a conduta independentemente da ocorrência de proveito ao agente.* 4. *Tampouco há que se falar em extraterritorialidade do prejuízo intentado com a ação típica, na medida em que o réu foi impedido de embarcar ainda em território nacional, ao apresentar o passaporte às autoridades.* 5. *Recurso Criminal 'ex officio' a que se dá provimento, para determinar o prosseguimento da ação penal."*

(RCCR 200161190035668, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJU DATA: 21/08/2003, PÁGINA: 271, grifamos)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. USO DE PASSAPORTE VERDADEIRO COM VISTO FALSO. CÓDIGO PENAL ART. 304. TIPICIDADE DA CONDUTA. 1. *A conduta consistente no uso de passaporte brasileiro verdadeiro com aposição de visto consular falso atinge a fé pública e configura, em tese, a conduta tipificada no art. 304 do Código Penal.* 2. *Tratando-se de crime formal, a consumação ocorre com o efetivo uso do documento contrafeito, independentemente de qualquer resultado naturalístico.* 3. *Recurso provido."*

(RSE, JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 15/06/2011, PÁGINA: 13, grifamos)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - PASSAPORTE VERDADEIRO - VISTO FALSO - ART. 304, DO CP - TIPICIDADE DA CONDUTA - PRECEDENTES. - *Típica é a conduta de aposição de visto consular falso em passaporte verdadeiro (art. 297/CP) e seu uso (art. 304/CP), eis que violado resta o bem jurídico penalmente tutelado, que é a fé pública no Brasil, face à falsificação de documento público alienígena no território nacional.* - Fato típico e punível, também no Estado estrangeiro, como evidenciado pelo Tratado de Extradicação de 13 de janeiro de 1961 (DJ 15/02/62), celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos (artigo II, item 13), que prevê a pena de extradicação para as hipóteses como a presente, a atrair a aplicação da norma penal sancionadora, face ao preenchimento dos requisitos legitimadores da extraterritorialidade penal, nos termos do art. 7, § 2º, e seus incisos, do Código Penal. - Precedentes citados. - Recurso que se conhece e a que se dá provimento."

(RCCR 199902010464200, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - SEXTA TURMA, DJU - Data: 26/09/2003 - Página: 408, grifamos).

Conclui-se, assim, pela tipicidade dos fatos denunciados.

4. DO ELEMENTO SUBJETIVO

O *animus agendi* do réu restou evidenciado pelas provas coligidas.

Segundo o seu relato, o acusado estava na cidade de Governador Valadares/MG, visitando amigos. Em uma mesa de bar, teria sido abordado por uma pessoa que se identificou como “MARCONE”, agente de turismo. “MARCONE” teria oferecido ao réu a renovação de seu visto estadunidense expirado, legítimo, pela quantia de US\$ 200,00 (duzentos dólares). O acusado teria entregado o passaporte então ao suposto agente de turismo, recebendo, dias mais tarde, seu passaporte com o visto “renovado”.

A narrativa do réu é inverossímil.

Não é crível a versão de que não suspeitasse da ilegalidade da transação de que participava. Com efeito, o acusado é proveniente de família com suficientes recursos financeiros para ter arcado com uma viagem sua para os EUA anteriormente, conforme seu próprio relato em juízo (fls. 291), assim como com seus estudos em uma universidade privada, de acordo com as declarações da testemunha GUSTAVO NASCIMENTO DE MELO (fls. 230).

Não se trata de pessoa ingênua, sem recursos ou instrução. Deduz-se que o réu possui conhecimentos suficientes, ou teve plena possibilidade de acerrar-se deles, para deduzir que a obtenção de um visto consular é um procedimento formal revestido de determinadas cautelas.

Dessa forma, conclui-se que o réu, apresentando seu passaporte com visto consular estrangeiro falso à fiscalização aeroportuária, para viajar para o exterior, *livre e conscientemente fez uso de documento público falso* (art. 297 e 304 do Código Penal).

5. DA PENA

Em atenção ao art. 59 do Código Penal, considero que a culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime praticado não fogem ao que ordinariamente se verifica nesta espécie de delito. O réu é portador de bons antecedentes e não há informações pertinentes quanto à sua conduta social ou personalidade.

Aplica-se a pena-base no patamar mínimo legal: 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Não se verificam agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição da pena.

Fixa-se a pena final em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Adota-se o *regime aberto* para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal).

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, *substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito*, consistentes em prestação de serviços à comunidade, conforme especificado pelo Juízo das Execuções, e 4 (quatro) salários mínimos.

6. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento à apelação do *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, para *condenar JOSÉ INÁCIO MÉDICI BERMUDEZ JÚNIOR à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um*

trigésimo) do salário mínimo, assim como *substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito*, consistentes em prestação de serviços à comunidade, conforme especificado pelo Juízo das Execuções, e 4 (quatro) salários mínimos.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

- Sobre a falsificação de visto consular, veja também o seguinte julgado: RCr 2001.61.19.003566-8/SP, Relator Desembargador Federal Johansom di Salvo, publicado na RTRF3R 67/265.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA
0024923-32.2004.4.03.0000
(2004.03.00.024923-6)

Impetrante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE FARTURA - SP
Litiscorrente Passivo: SERGIO CHROMECK
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: MS 259336
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. ATO JUDICIAL. JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DELEGADA. LEI Nº 9.099/95. FAZENDA PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 10.259/01. RITO. VEDAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. NULIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA PELA AUTORIDADE COATORA.

1 - Nos termos do § 4º do art. 109 da Constituição Federal, os recursos cabíveis, inclusive para o controle dos atos judiciais praticados em face da competência delegada “será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

2 - Com exceção às medidas cautelares eventualmente deferidas no curso do processo, não há previsão legal de qualquer recurso em face do ato impetrado. Correta a eleição da via do mandado de segurança.

3 - O art. 109, § 3º, da Carta Magna, cuida da competência delegada à Justiça Estadual para a apreciação de causas de natureza previdenciária, sempre que a comarca não for sede de Vara Federal. Não obstante, no caso concreto, o MM. Juiz Estadual, porque em exercício no Juizado Especial, extrapolou os limites da delegação de jurisdição.

4 - A sentença de mérito proferida pela douta autoridade coatora, a qual relata tratar-se de ação previdenciária promovida pelo *rito sumaríssimo*, invoca dispositivo próprio do Juizado Especial Estadual (art. 55, *caput*, da Lei nº 9.099/95), para fundamentar a ausência de condenação do vencido em honorários de advogado.

5 - O art. 3º da Lei nº 9.099/95, em seu § 2º, exclui da competência do Juizado Especial as causas de interesse da Fazenda Pública, no que se insere a Autarquia Federal.

6 - O art. 20 da Lei nº 10.259/01 traz expressa a vedação à aplicação do seu rito no Foro de origem, daí porque o ato coator acabou por se reafirmar por ocasião da decisão que deixou de considerar, com base no seu art. 9º, o prazo privilegiado para a impetrante, pessoa jurídica de direito público, ao ter por intempestiva a apelação interposta.

7 - Valendo-se da sua prerrogativa constitucional, o demandante optou, em primeiro lugar, por ajuizar a ação previdenciária no foro do seu domicílio, o qual não é sede de Juizado Especial Federal ou de Vara Federal. Dessa forma, remanesce a competência da Justiça Estadual daquela localidade, nos termos do art. 109, § 3º, CF/88, sendo nula a sentença proferida pela douta autoridade coatora.

8 - Matéria preliminar rejeitada. Segurança concedida. Liminar confirmada. Incompetência da autoridade coatora declarada. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitar a matéria preliminar e, por unanimidade, conceder a segurança, confirmar a liminar concedida, declarar a incompetência da autoridade coatora e a nulidade da sentença proferida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de abril de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

O INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL impetra o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Cível da Comarca de Fartura/SP, o qual processou e julgou a ação de natureza previdenciária aforada por segurado domiciliado na Comarca de sua jurisdição.

Sustenta o impetrante o cabimento da ação mandamental, considerando que não há outro meio de obstar os efeitos da decisão proferida pelo Juízo impetrado. No mérito, discorre acerca do direito líquido e certo de não ser processado e julgado perante a Justiça Estadual, sob o rito especial, tendo em vista o disposto nos arts. 3º, § 2º, e 8º, da Lei nº 9.099/95, art. 20 da Lei nº 10.259/01 e arts. 113, 295, V e 267, I, todos do Código de Processo Civil.

Entendendo por presentes os pressupostos contidos no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, este Juízo deferiu a liminar pleiteada, para sustar a execução da sentença proferida no feito subjacente (fls. 73/75).

As informações apresentadas pela autoridade impetrada às fls. 87/89 dão conta de que, afastada a tese de incompetência do juízo, a pretensão do autor fora acolhida, tendo por reconhecida a atividade laborativa desempenhada no período de 03 de dezembro de 1968 a 05 de janeiro de 1973. Noticiam, ainda, que a apelação interposta pelo impetrante não foi recebida por sua intempestividade.

Citado para integrar a lide, o autor apresentou a sua defesa às fls. 93/98, na qual pede que seja cassada a liminar concedida e, no mérito, denegada a ordem de segurança, de forma a se estabelecer a competência do Juizado Especial Cível impetrado.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Procurador Regional da República Ademar Viana Filho, em seu parecer de fls. 103/106, pugna pela extinção do presente feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da segurança pleiteada.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

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

Preliminarmente, é de se ressaltar a competência deste Tribunal para conhecer do presente *mandamus, ex vi* do disposto nos arts. 108, I e 109, § 3º, da Constituição da República, uma vez que o ato impugnado fora praticado por Juiz de Direito, a pretexto de se ver investido da jurisdição delegada federal, em sede de ação de natureza previdenciária.

Nos termos do § 4º do art. 109 da Constituição Federal, os recursos cabíveis, inclusive para o controle dos atos judiciais praticados nessa condição “será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

Vale destacar que a Lei nº 10.259/01, ao cuidar dos procedimentos especiais para o julgamento de causas de pequeno valor no âmbito da Justiça Federal, utilizou-se do critério de competência absoluta, tendo em vista a sua aplicabilidade junto aos juízos federais. Além disso, em seu art. 3º, § 1º, I, a norma exclui da competência do Juizado Especial Cível as ações de mandado de segurança e, ainda, no seu art. 20, a aludida lei efetivamente veda o seu emprego junto aos juízos estaduais.

Essa vedação, no entanto, cinge-se aos procedimentos previstos em seu bojo, uma vez que a norma não faz qualquer restrição à competência prevista no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, do que se conclui que remanesce a competência da justiça estadual para as causas em comento, *desde que não se adotem os procedimentos especiais previstos na Lei nº 10.259/01*.

Ocorre que a r. decisão monocrática decorreu do rito especial inadequadamente adotado pelo MM. Juiz impetrado, a pretexto do exercício de competência federal, não dispondo o impetrante de outra via legal senão o presente *writ*.

De outra parte, com exceção às medidas cautelares eventualmente deferidas no curso do processo (art. 4º), não há previsão legal de qualquer recurso em face do ato impetrado, razão pela qual reputo correta a eleição desta via do mandado de segurança.

Assim sendo, rejeito a matéria preliminar e adentro ao mérito.

Segundo informa o MM. Juiz de Direito impetrado, aquele Juízo entendeu-se competente para a apreciação da causa ali ajuizada em face do que dispõe o art. 109, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (fls. 87/89).

Inicialmente é preciso que se esclareça que o art. 109, § 3º, da Carta Magna, cuida da competência delegada à Justiça Estadual para a apreciação de causas de natureza previdenciária, sempre que a comarca não for sede de Vara Federal, como no caso da Comarca de Fartura/SP. Não obstante, na hipótese dos autos, o MM. Juiz Estadual, por que em exercício no Juizado Especial, extrapolou os limites da delegação de jurisdição.

Das mesmas informações acima referidas, prestadas pela autoridade coatora, extrai-se que o ilustre magistrado *a quo* não desconhece a proibição à aplicação do rito eleito pela Lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Não obstante, da ação originária, conquanto proposta com base no art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95 (fls. 16/20), o impetrante fora citado sem que do respectivo mandado constasse qualquer ressalva a esse respeito.

A sentença de mérito proferida pela douta autoridade coatora, a qual relata tratar-se de ação previdenciária promovida pelo *rito sumaríssimo*, novamente invoca dispositivo próprio do Juizado Especial Estadual (art. 55, *caput*, da Lei nº 9.099/95), para fundamentar a ausência de condenação do vencido em honorários de advogado, conforme se vê às fls. 60/66.

Vale lembrar que o mesmo art. 3º da norma a que se reportara o demandante na

inicial da ação originária (Lei nº 9.099/95), em seu § 2º, exclui da competência do Juizado Especial as causas de interesse da Fazenda Pública, no que se insere a Autarquia Federal.

De outra parte, dispõe o art. 20 da Lei nº 10.259/01, *in verbis*:

“Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, *vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual*” (g. n.).

Como se vê, é expressa a vedação da aplicação do referido regramento no Foro de origem, daí porque o ato coator acabou por se reafirmar por ocasião da decisão de fl. 70, a qual deixou de considerar o prazo privilegiado para a impetrante, pessoa jurídica de direito público, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.259/01, ao ter por intempestiva a apelação interposta.

Nesse sentido já decidiu esta Sessão Especializada por ocasião do julgamento do MS 2003.03.00.041982-4, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 13.04.2005, DJU 23.02.2006, p. 257 e do MS 2003.03.00.033681-5, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 22.06.2005, DJU 29.07.2005.

Por outro lado, valendo-se da sua prerrogativa constitucional, o demandante optou, em primeiro lugar, por ajuizar a ação previdenciária no foro do seu domicílio, o qual não é sede de Juizado Especial Federal ou de Vara Federal. Dessa forma, remanesce a competência da Justiça Estadual daquela localidade, nos termos do art. 109, § 3º, CF/88, sendo nula a sentença proferida pela douta autoridade coatora.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar, concedo a segurança e confirmo a liminar concedida*, declarando a incompetência do Juizado Especial Cível e, conseqüentemente, a nulidade da sentença proferida pela autoridade coatora. Oficie-se solicitando as providências quanto à remessa dos respectivos autos ao Juízo de Direito Estadual da Comarca de Fartura/SP. Comunique-se.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

- Sobre a incompetência do Juizado Especial Estadual para julgamento de ações de natureza previdenciária, veja também o artigo doutrinário “Temas polêmicos em matéria previdenciária”, de autoria da Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, publicado na RTRF3R 74/37, e o seguinte julgado: Ag 2003.03.00.061046-9/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicado na RTRF3R 66/92.

APELAÇÃO CÍVEL
0002439-49.2006.4.03.6112
(2006.61.12.002439-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA LUZIA KLEBIS ROCHA
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1595706
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/03/2012

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. INSS. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. SUSPENSÃO. MORTE DO SEGURADO. NEXO CAUSAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.

1. Comungando do que restou explicitado pelo d. juízo da 2ª Vara de Presidente Prudente, entendo que a filha da requerente, quando transplantada, não possuía os meios necessários à plena reabilitação, sendo certo que, à época do seu falecimento, encontrava-se incapacitada para o exercício de qualquer atividade laborativa e, portanto, incapaz de se sustentar, ou de ser sustentada por seus familiares, ressaltando-se que a condição de miséria em que se encontrava culminou, juntamente com as complicações advindas do transplante, com a sua morte.

2. Corroborando tal entendimento, a testemunha da autora, Dr. Haroldo Pedrini, nefrologista que acompanhou o quadro clínico de Josiane Cristina Klébis Rocha, em seu depoimento, esclareceu que, nos primeiros meses após o transplante, o transplantado toma medicação imonossupressora para evitar a rejeição, bem como tem que se submeter à realização de uma série de exames, recomendando-se ficar afastado das atividades habituais de 3 a 6 meses, pelo menos. Esclareceu, ainda, que o paciente que se submete a transplante de rim tem limitações para o trabalho, e que, do ponto de vista médico, ainda que se tratasse de transplante bem sucedido, 15 dias seria um tempo demasiado curto para haver a suspensão do benefício sob a alegação de inexistência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho (fl. 197).

3. Tendo em vista que, quando do seu óbito, a filha da requerente reunia as condições para a percepção do benefício, o qual foi, portanto, suspenso indevidamente pelo INSS, bem como a situação de miserabilidade na qual aquela se encontrava, a conclusão só pode ser no sentido de que a ação da referida autarquia contribuiu de forma definitiva para o evento morte.

4. Em relação ao *quantum* indenizatório fixado, é da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que seja pertinente ao sofrimento causado, não havendo fórmulas ou critérios matemáticos que permitam especificar, com exatidão, o valor da indenização.

5. O arbitramento deve, portanto, obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização cumpra a sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo, sem, contudo permitir o seu enriquecimento sem causa.

6. No caso em tela, analisadas as peculiaridades que envolveram o dano moral suportado, entendo razoável seja a indenização por danos morais fixada no valor de R\$ 40.000,00, consoante estabelecido na sentença recorrida, que encontra-se de acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça em caso análogo.
7. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de março de 2012.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação em ação ordinária na qual pretende a autora a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, bem como pelos danos patrimoniais.

A ação foi proposta em 15/03/06, tendo sido atribuído à causa o valor de R\$ 200.000,00.

O INSS apresentou contestação e documentos às fls. 131/148.

Réplica às fls. 152/159.

Alegações finais da parte autora às fls. 201/205.

A sentença julgou o pedido procedente para condenar o INSS a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 40.000,00. Condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Apelou o INSS requerendo a reforma da sentença, ou, caso assim, não se entenda, a redução do *quantum* indenizatório, de modo a não ultrapassar o valor equivalente a 20 salários mínimos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

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 em ação ordinária na qual pretende a autora a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, bem como pelos danos patrimoniais.

Narra a autora ser mãe da falecida Josiane Cristina, que, desde os 15 anos de idade, sofria de insuficiência renal crônica irreversível, razão pela qual era beneficiária do auxílio assistencial regulamentado pela Lei nº 8.742/93, a cargo do INSS.

Em 15 de março de 2004, a filha da autora submeteu-se a transplante de rins, tendo sido, em 07/05/04, marcada perícia pelo INSS para que fossem avaliadas as suas condições.

Entendendo que as condições que deram origem ao pagamento do benefício de prestação continuada não mais existiam, o referido órgão suspendeu o seu pagamento, em 01/07/04, por concluir pela inexistência da incapacidade para vida independente e para o trabalho.

Segue a autora afirmando que sua filha passava por inúmeras dificuldades, as quais foram agravadas pela decisão do INSS, que acarretou a impossibilidade de obtenção dos meios necessários à sua recuperação, culminando com o seu óbito em 20/10/05.

Assim, por entender ser indevida a suspensão do pagamento do benefício de prestação continuada, propõe a autora a presente ação indenizatória.

Para a fixação da responsabilidade civil é necessário estabelecer os pressupostos da obrigação de indenizar, a saber: *ação ou omissão do agente, culpa, nexo causal e dano*.

A ação ou omissão do agente, da qual surge o dever de indenizar, geralmente decorre da infração a um dever, que pode ser legal, contratual ou mesmo social. A culpa, no caso em testilha, é presumida em face da responsabilidade objetiva estipulada na Carta Magna.

Cumprido, neste passo, observar que não há que se falar, como pretende o INSS, em responsabilidade subjetiva por ato omissivo, uma vez que a conduta que supostamente levou ao dano experimentado pela autora foi a suspensão do pagamento do benefício de prestação continuada, e, portanto, um agir por parte da referida autarquia.

Por sua vez, *nexo causal* é a relação de causalidade entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Finalmente, dano é a lesão a qualquer bem jurídico.

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, V, a indenização por dano moral e no artigo 37, § 6º, disciplina que *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre o tema, leciona a administrativista *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, in “Direito Administrativo”, 12ª edição, Editora Atlas:

“Com relação aos danos causados por atos de seus agentes, o artigo 37, § 6º, da Constituição estabelece que ‘as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’.

A responsabilidade é *objetiva* e alcança todas as pessoas públicas ou privadas, que prestem serviços públicos. Houve uma ampliação em relação à Constituição anterior (art. 107) que somente fazia referência às pessoas jurídicas de direito público. Note-se que a própria entidade da Administração indireta que responde e não a pessoa política que a instituiu; isto porque, tendo personalidade jurídica ela é dotada de patrimônio próprio, que responde por suas obrigações”.

Fixadas essas premissas gerais, passo à análise do caso concreto.

Verifica-se, pelos documentos acostados aos autos, que a filha da autora recebia benefício assistencial desde 11/04/97, uma vez que comprovadas, à época, as condições necessárias ao seu pagamento, quais sejam, incapacidade laborativa e impossibilidade de se manter por conta própria ou pelo auxílio de seus familiares (art. 20, *caput* e parágrafos, Lei nº 8.742/93).

Posteriormente, foi a filha da requerente submetida a transplante renal, sendo que, após perícia realizada com base no art. 21 da Lei nº 8.742/93, o INSS, entendendo que aquela não mais preenchia as condições que deram origem à concessão do benefício, houve por bem suspendê-lo, o que deu ensejo à propositura de ação previdenciária para restabelecimento de benefício previdenciário (processo nº 2005.61.12.002690-8).

Na mencionada ação, determinou o d. juízo a realização de perícia na requerente. Aos quesitos elaborados pelo Exmo. Dr. Juiz Newton José Falcão (fl. 102) respondeu o perito que a filha da autora, até antes do seu falecimento, era portadora de doença incapacitante, bem como que a incapacidade permitiria a sua reabilitação ou readaptação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência de forma parcial, caso fosse realizado um transplante renal bem sucedido (fl. 162).

Conclui o d. perito no seguinte sentido: “... Após sete anos de hemodiálise a autora foi submetida a um transplante renal, porém após cerca de 18 meses do transplante a autora faleceu de complicações infecciosas facilitadas pelo transplante”.

O MM. Juízo *a quo* narra, na parte dispositiva da sentença por ele proferida nos autos da ação previdenciária (acostada às fls. 169/175), o que restou consignado no relatório de estudo socioeconômico realizado em 21/11/2007, dois anos depois do falecimento de Josiane Cristina Klébis Rocha, nos seguintes termos: “a autora residia em companhia de sua mãe e quatro irmãos. Aferiu a senhora Assistente Social, que à época da visita domiciliar - novembro/2007 - a família residia em casa alugada, com três cômodos de madeira, sem forro e sem piso e cujo valor do aluguel perfazia o valor de R\$ 100,00 (cem reais). Afirmou que a moradia era extremamente precária, com utensílios domésticos e mobília em péssimo estado de conservação e, em sua maioria, doados pela comunidade. A renda da família era composta pela renda auferida pela mãe, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) proveniente de duas diárias realizadas quinzenalmente; R\$ 94,00 (noventa e quatro reais), de percepção do ‘Bolsa Família’, que há dois meses recebem uma cesta básica da comunidade religiosa e que o filho mais velho, Wellington, desde 01/10/2007, percebe renda mensal no valor de R\$ 561,00 (quinhentos e sessenta e um reais). Relatou tratar-se de uma família em situação de extrema miserabilidade social. Constatou que a mãe da Autora, à época em que a filha fora transplantada, necessitava comprar água potável e não tinha dinheiro para tanto e que *a falta do benefício dificultou as possibilidades de sobrevivência de sua filha. Concluiu a auxiliar do Juízo, que a ausência do benefício assistencial contribuiu para o adoecimento de Josiane, não lhe possibilitando uma melhor qualidade de vida*”.

Assim, comungando do que restou explicitado pelo d. juízo da 2ª Vara de Presidente Prudente, entendo que a filha da requerente, quando transplantada, não possuía os meios necessários à plena reabilitação, sendo certo que, à época do seu falecimento, encontrava-se incapacitada para o exercício de qualquer atividade laborativa e, portanto, incapaz de se sustentar, ou de ser sustentada por seus familiares, ressaltando-se que a condição de miséria em que se encontrava culminou, juntamente com as complicações advindas do transplante, com a sua morte.

Corroborando tal entendimento, a testemunha da autora, Dr. Haroldo Pedrini, nefrologista que acompanhou o quadro clínico de Josiane Cristina Klébis Rocha, em seu depoimento, esclareceu que, nos primeiros meses após o transplante, o transplantado toma medicação imonossupressora para evitar a rejeição, bem como tem que se submeter à realização de uma série de exames, recomendando-se ficar afastado das atividades habituais de 3 a 6 meses, pelo menos. Esclareceu, ainda, que o paciente que se submete a transplante de rim tem limitações para o trabalho, e que, do ponto de vista médico, ainda que se tratasse de transplante bem sucedido, 15 dias seria um tempo demasiado curto para haver a suspensão do benefício sob a alegação de inexistência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho (fl. 197).

Assim, tendo em vista que, quando do seu óbito, a filha da requerente reunia as condições para a percepção do benefício, o qual foi, portanto, suspenso indevidamente pelo INSS, bem como a situação de miserabilidade na qual aquela se encontrava, a conclusão só pode ser no sentido de que a ação da referida autarquia contribuiu de forma definitiva para o evento morte.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa, dano moral “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o ‘bonus pater familias’: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.” (*Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil - Responsabilidade Civil, Vol. IV, 3ª edição, ed. Jurídico Atlas, pág. 33*).

Prossegue o professor em sua valiosa lição: “Acrescentemos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação de personalidade, com sintomas palpáveis, inibições, depressões, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro, por dolo ou culpa. O dano moral, em sentido lato, abrange não somente os danos psicológicos; não se traduz unicamente por uma variação psíquica, mas também pela dor ou padecimento moral, que não aflora perceptivelmente em outro sintoma. A dor moral insere-se no amplo campo da teoria dos valores. Desse modo, o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. Como enfatizamos, o desconforto anormal decorrente de conduta do ofensor é indenizável.” (ob. cit., pág. 35).

O jurista *Carlos Roberto Gonçalves*, citando o doutrinador argentino *Eduardo Zannoni*, afirma que o dano moral pode ser direto e indireto, consistindo o primeiro “na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)” e o segundo “na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial (*El daño*, cit., 239 e 240). É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.” (*Responsabilidade Civil*, Saraiva, 2003, pág. 549).

Portanto, a dor moral está devidamente comprovada, cabendo ao INSS o ônus de reparar o mal causado.

Em relação ao *quantum* indenizatório fixado, é da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que seja pertinente ao sofrimento causado, não havendo fórmulas ou critérios matemáticos que permitam especificar, com exatidão, o valor da indenização.

O arbitramento deve, portanto, obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização cumpra a sua função punitiva e pedagógica, compensando o sofrimento do indivíduo, sem, contudo permitir o seu enriquecimento sem causa.

No caso em tela, analisadas as peculiaridades que envolveram o dano moral suportado, entendo razoável seja a indenização por danos morais fixada no valor de R\$ 40.000,00, consoante estabelecido na sentença recorrida, que encontra-se de acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

“RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALECIMENTO DE SEGURADA DO INSS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA. NEXO CAUSAL CONSTATADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. VALOR EXORBITANTE. PRECEDENTES.

I - Trata-se de ação ajuizada contra o INSS, objetivando a indenização por danos morais decorrentes da morte da esposa e mãe dos autores, relacionada à cassação do benefício de auxílio-doença por parte da autarquia previdenciária, tendo o pedido sido acolhido pelo Tribunal Regional *a quo*.

II - Esta eg. Corte de Justiça, no entanto, admite a revisão do valor fixado a tal título quando este se mostrar irrisório ou exorbitante. Dessa forma, é de se reduzir o *quantum* fixado pela instância ordinária (aproximadamente 900 salários-mínimos da época) para se adequar à jurisprudência deste Tribunal, *fixando a indenização em 300 salários-mínimos*. Precedentes: REsp nº 737.797/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28.08.06, REsp nº 790.090/RR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10.09.07, entre outros.

III - Recurso parcialmente conhecido e provido”. (STJ, 1ª Turma, Resp nº 1026088/SC, relator Ministro Francisco Falcão, j. 03/04/08).

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo-se os ônus da sucumbência. É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

**AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0013859-27.2009.4.03.6183
(2009.61.83.013859-0)**

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 111/112
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Impetrante: HEMERSON DERALDO DE SOUZA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AMS 328220
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante.

II - Quando da concessão do benefício, o impetrante já tinha ciência de que o auxílio-doença era por prazo certo e determinado, podendo, nos 15 dias finais do período estipulado, ou em 30 dias após o término desse prazo, caso achasse necessário, requerer novo exame pericial, mediante pedido de Prorrogação ou Reconsideração. Contudo, não há notícia nos autos de que tal procedimento tenha sido realizado.

III - Mesmo que não se justifique a alta programada, regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006, os documentos carreados aos autos são insuficientes à comprovação de sua incapacidade laborativa, e, mais, não há como saber se a Autarquia consideraria indevida a prorrogação de seu auxílio-doença, após provocação.

IV - Não há comprovação de ato lesivo da autoridade, em razão da previsão administrativa de provocação do interessado para a prorrogação do benefício.

V - Tampouco há comprovação do direito líquido e certo do impetrante, na medida em que direito líquido e certo é o que deflui dos fatos certos e documentalmente demonstráveis e demonstrados. A certeza, afinal, diz respeito aos fatos e não ao direito que, mais ou menos complexa que seja a questão, será sempre jurídica e, portanto, certa.

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

VII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

VIII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

IX - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de março de 2012.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): O Ministério Público Federal interpõe agravo legal, da decisão proferida a fls. 111/112 que, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento aos embargos de declaração opostos, mantendo a decisão de fls. 100/102, que deu provimento ao reexame necessário e ao apelo do INSS, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, para reformar a sentença e denegar a segurança, quanto ao pedido para restabelecimento do benefício de auxílio-doença acidentário, cessado por alta programada.

Alega, em síntese, que a decisão merece reforma, tendo em vista a ilegalidade da alta programada, sendo de rigor a manutenção do benefício até a realização de perícia que comprove a aptidão para o desempenho de atividade laborativa ou a impossibilidade de recuperação. Pede seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Não procede a insurgência da parte agravante.

Neste caso, o julgado dispôs expressamente:

“(…) O documento de fls. 27 demonstra que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença até 28/06/2009. Consta, também, do referido documento observação no sentido de que, se nos 15 (quinze) dias finais até a data da cessação do benefício, o segurado ainda se considerar incapacitado para o trabalho poderá requerer novo exame médico-pericial, mediante formalização do Pedido de Prorrogação, e, a partir de 28/06/2009 e pelo prazo de 30 (trinta) dias, poderá interpor Pedido de Reconsideração ou Recurso à Junta de Recursos da Previdência Social. Acrescenta que o requerimento do Pedido de Prorrogação ou Pedido de Reconsideração poderá ser feito por meio de ligação para o número 135 da Central de Atendimento do INSS, ou pela *Internet* (fornece o endereço), ou numa Agência da Previdência Social.

Ou seja, *in casu*, restou comprovado que, quando da concessão do benefício, o impetrante já tinha ciência de que o auxílio-doença era por prazo certo e determinado, podendo, nos 15 dias finais do período estipulado, ou em 30 dias após o término desse prazo, caso achasse necessário, requerer novo exame pericial, mediante pedido de Prorrogação ou Reconsideração. Contudo, não há notícia nos autos de que tal procedimento tenha sido realizado pelo impetrante.

Além do que, os documentos carreados aos autos são insuficientes à comprovação de sua incapacidade laborativa, e, mais, não há como saber se a Autarquia consideraria indevida a prorrogação de seu auxílio-doença, após provocação.

Enfim, não há comprovação de ato lesivo da autoridade, em razão da previsão administrativa de provocação do interessado para a prorrogação do benefício.

Tampouco há comprovação do direito líquido e certo do impetrante, na medida em que direito líquido e certo é o que deflui dos fatos certos e documentalmente demonstráveis e demonstrados. A certeza, afinal, diz respeito aos fatos e não ao direito que, mais ou menos complexa que seja a questão, será sempre jurídica e, portanto, certa.

Confira-se jurisprudência nesse sentido:
(precedente)”

Esclareça-se que, mesmo que não se justifique a alta programada, regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006, não há comprovação da manutenção da incapacidade laborativa, a motivar a manutenção do benefício, conforme pleiteado.

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

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

Neste sentido, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do

Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, incorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

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

(...)"

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

“EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

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

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

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte

instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

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

7. Agravo improvido.”

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9 - SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei.

Assim, não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

- Sobre a questão da alta programada, regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006, veja também os seguintes julgados: AI 2007.03.00.104708-9/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 94/118 e AI 0017948-81.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicado na RTRF3R 104/169.

APELAÇÃO CÍVEL
0001146-84.2010.4.03.6118
(2010.61.18.001146-2)

Apelante: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 1685091
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA.

- Prejudicado o agravo retido interposto em face de despacho que determinou ao autor que recolhesse custas iniciais ou carresse aos autos elementos aferidores da hipossuficiência alegada, vez que, na r. sentença, houve o deferimento da gratuidade de justiça.

- O ordenamento processual admite o ajuizamento de ação que vise a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença à pessoa portadora de incapacidade e a legislação previdenciária contém disposições pertinentes ao direito que o postulante pretende lhe seja reconhecido.

- O fato de estar em gozo de auxílio-doença deferido administrativamente não retira o direito do autor de pleiteá-lo judicialmente, pois é sabido que, por ser benefício de caráter temporário, a autarquia federal se vale de perícias médicas periódicas, com vistas à verificação da permanência ou não da incapacidade laborativa atestada. Assim, a qualquer tempo o mesmo poderá se deparar com sua suspensão administrativa, motivo pelo qual, preventivamente, veio requerer sua manutenção em juízo.

- Outrossim, o gozo de auxílio-doença não impede que pleiteie a concessão de aposentadoria por invalidez, devendo, se eventualmente concedido este último benefício, ocorrer a extinção do primeiro e a compensação dos valores pagos a título de auxílio-doença quando deveria receber o requerente a aposentadoria por invalidez.

- Apelação provida. Sentença reformada, em parte, para retorno dos autos à origem para regular prosseguimento, mantido o deferimento da gratuidade de justiça. Agravo retido e pleito de antecipação de tutela prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento à apelação e por prejudicados o agravo retido e o pleito de antecipação de tutela*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de março de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):
Cuida-se de ação previdenciária, ajuizada em 24.08.10, com vistas à manutenção de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez.

O Juízo *a quo* determinou ao autor que recolhesse custas iniciais ou carresse aos autos elementos aferidores da hipossuficiência alegada (fls. 302).

Agravo retido interposto pelo demandante em face de tal determinação (fls. 307-310).

Na sentença, prolatada em 24.02.11, deferiu-se a gratuidade de justiça e julgou-se extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC (fls. 325-325v).

Apelação do autor. Pugna pela apreciação do agravo retido e requer a reforma do *decisum* (fls. 343-362).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Informação do requerente de cessação do auxílio-doença percebido administrativamente em 18.11.11 e pleito de antecipação de tutela (fls. 410).

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):
Inicialmente, dou por prejudicado o agravo retido interposto pelo autor, vez que, na r. sentença, houve o deferimento da gratuidade de justiça.

A apelação merece provimento.

Não se justifica a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, vez que destituída de fundamento.

O ordenamento processual admite o ajuizamento de ação que vise a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença à pessoa portadora de incapacidade e a legislação previdenciária contém disposições pertinentes ao direito que o postulante pretende lhe seja reconhecido.

O fato do mesmo estar em gozo de auxílio-doença deferido administrativamente não lhe retira o direito de pleiteá-lo judicialmente, pois é sabido que, por ser benefício de caráter temporário, a autarquia federal se vale de perícias médicas periódicas, com vistas à verificação da permanência ou não da incapacidade laborativa atestada. Assim, a qualquer tempo o demandante poderá se deparar com sua suspensão administrativa, motivo pelo qual, preventivamente, vem requer sua manutenção em juízo.

Outrossim, o gozo de auxílio-doença não impede que ele pleiteie a concessão de aposentadoria por invalidez, devendo, se eventualmente concedido este último benefício, ocorrer a extinção do primeiro e a compensação dos valores pagos a título de auxílio-doença quando deveria receber o autor a aposentadoria por invalidez.

Posto isso, voto no sentido de *DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR, PARA REFORMAR, EM PARTE, A R. SENTENÇA, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO. MANTIDO O DECISUM NO TOCANTE AO DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E O PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.*

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000176-47.2011.4.03.6119
(2011.61.19.000176-7)

Apelante: AVELINO PINTO FILHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1673278
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. REVERSÃO DE APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS BENÉFICA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 181-B DO DECRETO 3.048/99. ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. CONTRAPARTIDA. NATUREZA ALIMENTAR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DA APOSENTADORIA A QUE SE RENUNCIOU. DESNECESSIDADE. DIFERENÇAS A PARTIR DA CITAÇÃO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO PROVIDO.

1. A Previdência Social é um direito fundamental. A pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados. O Decreto 3.048/99 extrapolou o campo normativo a ele reservado.

2. O Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao estabelecer que novas contribuições recolhidas após o retorno do segurado à atividade não lhe darão o direito a todos os benefícios previstos pelo Regime, não repercute na situação em comento, porque o segurado, ao requerer a substituição de sua aposentadoria por outra, deixa sua condição de aposentado, passando, assim, a fazer jus às prestações da Previdência Social em decorrência do exercício da atividade que exerceu no período em que esteve aposentado. O efeito *ex tunc* operado na espécie elide a aposentação anterior, restabelecendo as coisas *in status quo ante*.

3. A aposentadoria, devida enquanto perdurou, não gera enriquecimento, antes, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, dispensada a devolução dos valores recebidos. Precedentes do E. STJ.

4. A usufruição da aposentadoria renunciada dá-se dentro do princípio do equilíbrio atuarial, levando-se em conta as contribuições recolhidas até o ato concessivo. Retornando à atividade, o segurado verte para o sistema um excedente financeiro com o qual o Regime não contava, portanto desnecessário, para a preservação do referido equilíbrio.

5. A C. 10ª Turma desta Corte reformulou seu entendimento acerca da matéria, de acordo com o precedente Ag em AP 00067443120104036114, de relatoria do Desembargador Federal Walter do Amaral, julgado em 06/03/12 e acórdão publicado em 07/03/12).

6. Reconhecimento do direito da parte autora à renúncia ao benefício de aposentadoria de que é titular, ao recálculo e à percepção de nova aposentadoria, sem solução de continuidade ao cancelamento da anterior, desde a citação, aproveitando-se as respectivas contribuições e as posteriormente acrescidas pelo exercício de atividade, dispensada a devolução dos valores recebidos por força da aposentadoria renunciada.

7. Consectários na forma do precedente do REsp nº 1086944/SP (recurso repetitivo representativo de controvérsia).

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

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de improcedência do pedido de renúncia à aposentadoria, sem devolução dos valores recebidos a este título, para implantação de outra mais favorável, mediante a contagem das contribuições previdenciárias vertidas posteriormente ao Regime Geral da Previdência Social.

Recorre a parte autora, pleiteando a reforma da r. sentença, reiterando as alegações da inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): À pretensão de “renúncia ao benefício de aposentadoria” a doutrina denominou de desaposentação, definida como “a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.” (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição).

A Previdência Social está inserida dentre os direitos sociais fundamentais outorgados pela Constituição Federal (Art. 6º) e, portanto, indissociável do princípio da dignidade humana. Estabelecer que a Previdência Social é um direito fundamental não implica em incompatibilidade à situação visada nos autos, pois a pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais

vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados.

Dessarte, o Decreto 3.048/99, ao prever, em seu Art. 181-B, que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis” extrapolou o campo normativo a ele reservado.

Há de se cogitar, ainda, que a circunstância de a inércia ou ausência de iniciativa do titular que preencheu todos os requisitos ao direito caracteriza, na prática, verdadeira renúncia, tornando insustentável, em que pesem opiniões em contrário, a defesa da impossibilidade de abdicação de um benefício em proveito de outro mais benéfico.

É esse o entendimento assente pelo E. STJ, conforme se vê do precedente colacionado:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL.

É possível a renúncia ao benefício de aposentadoria pelo segurado que pretende voltar a contribuir para a previdência social, no intuito de, futuramente, formular novo pedido de aposentadoria que lhe seja mais vantajoso (precedentes das ee. 5ª e 6ª Turmas deste c. STJ).

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 958.937/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 10/11/2008)

Portanto, admitida a possibilidade de substituição de uma aposentadoria por outra mais vantajosa, consentânea com a proteção, fundamentos do Estado Democrático de Direito e objetivos da Federação, outros aspectos como a regra da contrapartida e eventual necessidade de devolução dos valores devem ser analisados.

Observo que um dos fundamentos da tese do autor está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento essa irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da

Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental”.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010) e

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRA-CONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.

(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

Desde o advento da EC 20/98, a Previdência Social assumiu seu caráter eminente contributivo, de filiação obrigatória, e passou a reger-se por critérios que preservam o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Pelo princípio da universalidade e solidariedade, os segurados em atividade contribuem para os inativos, não havendo que se falar em fundo próprio exclusivo do segurado.

O Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 veda ao segurado aposentado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

A regra proibitiva, entretanto, ao estabelecer que novas contribuições recolhidas após o retorno do segurado à atividade não lhe darão o direito a todos os benefícios previstos pelo Regime, não repercute na situação em comento, porque o segurado, ao requerer a substituição de sua aposentadoria por outra, deixa sua condição de aposentado, passando, assim, a fazer jus a todas as prestações da Previdência Social em decorrência do exercício da atividade que exerceu no período em que esteve aposentado. O efeito *ex tunc* operado na espécie elide a aposentação anterior, restabelecendo as coisas *in status quo ante*.

Outra questão diz respeito aos valores pagos pela Autarquia em face do desaparecimento do benefício previdenciário que lhes deu origem, promovido pela desaposementação, e a necessidade de sua devolução, à vista da vedação do enriquecimento sem causa e do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência.

Não se há falar em enriquecimento sem causa perante verbas de natureza alimentar consumíveis para prover o próprio sustento, não pagas mediante erro ou fraude, ou qualquer outra irregularidade, ilicitude ou má-fé do segurado. A aposentadoria, devida enquanto perdurou, não gera enriquecimento, antes, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

De outro lado, a usufruição da aposentadoria renunciada dá-se dentro do princípio do equilíbrio atuarial, levando-se em conta as contribuições recolhidas até aquele ato concessivo. Retornando à atividade, o segurado verte para o sistema um excedente financeiro com o qual o Regime não contava, portanto desnecessário, para a preservação do referido equilíbrio. Esse excedente, resultante de contribuições de mesmas regras de incidência e alíquotas das previstas para as anteriores, traz por corolário lógico a ausência de ofensa ao mencionado equilíbrio, devendo o Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 coadunar-se com a Constituição Federal.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria em debate no RE 661256, ainda pendente de julgamento.

Portanto, além do caráter alimentar do benefício previdenciário, a restituição nos casos de desaposentação é indevida, pois tal desconto só é admissível em regimes de capitalização individual, que não existe no nosso sistema previdenciário, de repartição.

No sentido da desnecessidade de devolução dos valores é firme a jurisprudência do E. STJ:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. DECADÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS.

1. O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.

2. É inviável apreciar a questão relativa à decadência, por ser estranha à matéria suscitada no próprio recurso especial, constituindo, portanto, inovação sobre a qual se operou a preclusão consumativa.

3. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

4. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.

5. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1258614/RS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 19/12/2011).

“PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, ‘pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos’ (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 5.9.2005). Precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção.

2. Recurso especial provido.”

(REsp 1113682/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 26/04/2010)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS *EX TUNC* DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improviamento do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp nº 328.101/SC, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/10/2008)

“PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário.

2. ‘O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos’ (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05).

3. Recurso especial improvido.”

(REsp 663.336/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJ 07/02/2008 p. 1).

Alinhando sua jurisprudência à do E. STJ, esta Colenda 10ª Turma, reformulou seu posicionamento, conforme ementa, a seguir, transcrita:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

1. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse.

2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

3. Os argumentos trazidos na irresignação da parte agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação vigente e na jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça.

4. Matéria preliminar rejeitada. Recurso desprovido”.

(Ag em AP 00067443120104036114, de relatoria Desembargador Federal WALTER DO AMARAL, julgado em 06/03/2012 e acórdão publicado em 07/03/2012).

De outra parte, no que se refere ao fator previdenciário, o E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente acerca da constitucionalidade do fator previdenciário, instituído pela Lei 9.876/99, como segue:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, ‘CAPUT’, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do Art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual ‘sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora’, não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do Art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A. D. I. deve indicar ‘os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações’. Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar. 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do Art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao Art. 29, ‘caput’, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o Art. 201, §§ 1º e 7º, da C. F., com a redação dada pela E. C. nº 20,

de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no Art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E. C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida ‘aos termos da lei’, a que se referem o ‘caput’ e o § 7º do novo Art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo Art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao Art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao ‘caput’ e ao parágrafo 7º do novo Art. 201. 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no ‘caput’ do novo Art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do Art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao Art. 29, ‘caput’, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do Art. 5º da C. F., pelo Art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. 6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (Art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao Art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar” (ADI - MC 2.111 DF, Min. Sydney Sanches)

Dessarte, é de se reformar a r. sentença para reconhecer o direito da parte autora à renúncia ao benefício de aposentadoria de que é titular, ao recálculo e à percepção de nova aposentadoria, sem solução de continuidade ao cancelamento da anterior, desde a citação, aproveitando-se as respectivas contribuições e as posteriormente acrescidas pelo exercício de atividade, dispensada a devolução dos valores recebidos por força da aposentadoria renunciada; as diferenças havidas deverão se acrescidas de consectários legais na forma a seguir fixadas.

O Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que “o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.”

O Art. 41-A, da Lei 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei 11.430/06, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado,

anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Desta forma, por força do Art. 31, da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A, da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei 10.741/03 - Estatuto do Idoso (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derogat lex generali*).

Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º, da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei 9.494/97, *in verbis* (REsp 1086944/SP, recurso repetitivo representativo de controvérsia):

“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.

2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.”

(REsp nº 1.207.197/RS; unânime; Relator Ministro Castro Meira; d. j. 18.05.11).

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

Arcará o réu com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado dado à causa.

No âmbito da Justiça Federal, a autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Ante o exposto, com base no Art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento à apelação, nos termos em que explicitado.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

- Sobre a possibilidade ou não da desaposeção para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposeção. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564 e ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229.

APELAÇÃO CÍVEL
0001844-55.2011.4.03.6183
(2011.61.83.001844-9)

Apelante: MARIANO SOARES DE SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1687993
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - PEDIDOS ALTERNATIVOS - ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - ALEGAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE REJEITADA - APROVETIAMENTO DO PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIOR À APOSENTADORIA PARA ELEVAR O VALOR DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - RENÚNCIA Á APOSENTADORIA INTEGRAL - APROVEITAMENTO APENAS DO PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIOR À APOSENTADORIA INTEGRAL PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE - CARÊNCIA CUMPRIDA - APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA.

1 - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

2 - O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período posterior à aposentadoria para elevar o valor da cobertura previdenciária já concedida.

3 - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

4 - No primeiro pedido, o autor não pretende renunciar ao benefício que recebe, mas, sim, quer aproveitar o período contributivo posterior à concessão da aposentadoria integral para elevar o valor da renda mensal, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei 8213/91. Não se trata, nessa hipótese, de renúncia, mas, sim, de revisão do valor de benefício já concedido.

5 - No segundo pedido, o autor pretende renunciar à cobertura previdenciária que recebe por ter completado o tempo de serviço necessário à aposentadoria proporcional. E requer nova aposentadoria, desta vez por ter completado a idade e a carência, considerando apenas o tempo de contribuição posterior à primeira aposentação. O pedido, agora, não é de revisão, uma vez que nada se aproveitará do tempo de serviço/contribuição utilizado para a concessão e cálculo da aposentadoria integral. Agora sim, trata-se de renúncia à cobertura previdenciária concedida, com a obtenção de outra, mais vantajosa e totalmente distinta da anterior.

Não há, nesse pedido alternativo, violação a nenhum dos princípios constitucionais e legais que fundamentam o indeferimento do primeiro.

6 - O segurado recebeu a proteção previdenciária a que tinha direito quando lhe foi concedida a aposentadoria proporcional, porque cumprira a carência e o tempo de serviço necessários à concessão do benefício. Não pretende, agora, apenas a modificação do que já recebe, mas, sim, a concessão de outra cobertura previdenciária mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo cumprido os requisitos de idade e carência.

7 - Trata-se de contingências geradoras de coberturas previdenciárias diversas - aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e aposentadoria por idade -, com base em períodos de carência e de contribuição totalmente diversos, onde os cálculos do novo benefício nada aproveitarão do benefício antigo, de modo que o regime previdenciário nenhum prejuízo sofrerá.

8 - A proibição de renúncia contida no art. 181-B do Decreto 3048/99 parte do pressuposto de que a aposentadoria é a proteção previdenciária máxima dada ao segurado, garantidora de sua subsistência com dignidade quando já não mais pode trabalhar, que poderia ser comprometida com a renúncia ao recebimento do benefício.

9 - Proteção previdenciária é direito social e, por isso, irrenunciável. O que não se admite é que o segurado renuncie e fique totalmente à mercê da sorte.

10 - No segundo pedido, o autor não pretende renunciar a toda e qualquer proteção previdenciária. Pretende obter outra que lhe é mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, chegando a cumprir os requisitos de carência e idade.

11 - Renúncia à aposentadoria atual admitida, para obtenção de aposentadoria por idade, uma vez que a carência e a idade foram cumpridas em período posterior à primeira aposentação.

12 - O autor completou 65 anos em 2003.

13 - Até a propositura da ação, o autor conta com 18 anos, 1 mês e 05 dias de contribuição, restando cumprida a carência para a aposentadoria por idade.

14 - Termo inicial fixado na data da citação.

15 - A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

16 - Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

17 - Honorários de sucumbência fixados em 10% das parcelas da aposentadoria por idade vencidas até a data da sentença, na forma da Súmula 111 do STJ.

18 - INSS isento de custas.

19 - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de março de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Ação de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, de procedimento ordinário, movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, para o reconhecimento do direito do autor de renunciar à cobertura previdenciária atualmente recebida - aposentadoria por tempo de serviço integral (NB 57.134.944-7), com a consequente condenação do réu ao pagamento de nova aposentadoria, cuja renda mensal inicial deverá ser calculada com o aproveitamento do período de contribuição posterior à concessão do primeiro benefício, sem a devolução dos valores já recebidos.

O autor alega que se aposentou com 55 anos de idade e 35 anos e 08 meses de contribuição. Continuou a trabalhar e contribuir por mais 15 anos. Somando o período trabalhado antes da aposentadoria com o período de contribuição posterior (até 12/2007), chegou ao total de 53 anos, 08 meses e 27 dias de tempo de contribuição.

O autor faz pedidos alternativos. Requer o reconhecimento do direito de renunciar à aposentadoria que recebe e, em consequência, o cálculo de novo benefício, com a soma de ambos os períodos de contribuição, considerando-se, assim, o tempo de contribuição de 53 anos, 08 meses e 27 dias. Caso não atendido esse pleito, requer o reconhecimento do direito de renunciar à cobertura previdenciária que recebe, com a consequente concessão de aposentadoria por idade, considerando-se apenas o período de 15 anos de contribuição posteriores à primeira aposentadoria. Em qualquer das hipóteses, requer a dispensa da devolução dos valores já recebidos a título de aposentadoria.

A inicial juntou documentos.

Justiça gratuita deferida na sentença.

Aplicando o art. 285-A do CPC, a sentença julgou improcedente o pedido e concedeu os benefícios da justiça gratuita. Sem condenação nas verbas de sucumbência por não ter sido ultimada a citação.

Apelou o autor, e reiterou o pedido inicial.

O INSS foi citado na forma do art. 285-A, § 2º, do CPC, e juntou contrarrazões, onde pugnou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): O raciocínio desenvolvido pelo autor é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo

para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual com posterior requerimento de outro perante o RGPS.

Como o autor faz pedidos alternativos, *passo à análise do primeiro pedido*: reconhecimento do direito de renunciar ao benefício que recebe, e a concessão de outra aposentadoria, com a soma do período de contribuição utilizado para o cálculo da que renuncia com o período de contribuição posterior, considerados, então, 53 anos, 08 meses e 26 dias.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivéssemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas posteriormente em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado (salário-de-benefício) no período anterior ao do requerimento do benefício ou do afastamento da atividade (art. 29 da Lei 8213/91) reflete mera escolha do legislador. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

“Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para um outro regime.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC 41/2003. Segue a ementa:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional

nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.”

(Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO, julgamento 18/08/2004, DJ 18/02/2005).

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contribuições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: contribuições para o ALÉM.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8213/91). Com a extinção de tal benefício, pela Lei 8870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

“...

Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.

15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98. A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de ‘Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth’, de 1994, já

revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

‘O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.

Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em conseqüência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêem à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado na chamada garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corresse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens

trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo’.

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza:

‘I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados’.

O art. 195, *caput*, firmou outro princípio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que ‘a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta’, e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: ‘nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.’

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de ‘caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’.

E o art. 4º da EC nº41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40.

Mas argüem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitribuição em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao princípio da isonomia (v).

17. Abstraída a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.

Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.

Os elementos sistêmicos figurados no ‘tempo de contribuição’, no ‘equilíbrio financeiro e atuarial’ e na ‘regra de contrapartida’ não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição.

Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.

Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.

19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: ‘i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma equitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.

20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.

Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.

Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de ‘atender a despesas extraordinárias’ (art. 148, I) e a ‘investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional’ (art. 148, II), e, as segundas, para fins ‘de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas’ (art. 149, *caput*).

E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir ‘outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I’ (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os

quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexos lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.

21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.

O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuide. Ao propósito, acentua a doutrina:

‘Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém “faz parte”, alguém “participa de” uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (= fazer parte) e não numa essência (= fato determinado) ou utilidade (= benefício/vantagem)’. (MARCO AURÉLIO GRECO, Contribuições, ..., p. 83).

Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentaram após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentaram, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessando-lhes sobretudo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira *de per se* a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da ‘equidade na forma de participação de custeio’, objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República.”

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

“Renúncia”, no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que o autor não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria proporcional por tempo de serviço?

Ainda que tivesse o autor manifestado interesse em devolver os valores dos proventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

O autor fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pelo autor poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposentação? Conceder a desaposentação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo, recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o FATOR PREVIDENCIÁRIO, importantes limitadores do salário de benefício e, conseqüentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da CF.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubramento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço concedidas prematuramente têm sido cada vez menores por conta da incidência do FATOR PREVIDENCIÁRIO, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o

obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício, sendo necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de um indivíduo que começa a contribuir aos 18 anos de idade, por 35 anos, sobre R\$ 1.000,00, a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R\$ 46.200,00, que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 meses de aposentadoria pelo mesmo valor do referido salário de contribuição (R\$ 1.000,00). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Daí a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposentação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e judicialmente - para tantos pedidos de desaposentação.

Tem-se sustentado que não se pode admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

“...

18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.

É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.

19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma*.

Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático.

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*). Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

...

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*). Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

Essa ligação funcional entre as duas prestações - que assume relevância tanto no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético) quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] - é típica dos contratos onerosos, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, ‘cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspondente (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente’.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível - ainda a dicção de MOTA PINTO - a ‘falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais’. E prossegue: ‘no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem’.

Efetivamente como observa SERPA LOPES ‘nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)’.

Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.

20. Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [= vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformato pela lei.

Sem penetrar considerações atuariais - cuja veracidade, de resto, é de ser presumida - anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. Além de tudo, a atribuímos caráter contratual à relação previdenciária - e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre

de nenhum ato de vontade, mas da lei - seríamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.

Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 - o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: 'É interessante que a velha cláusula medieval da "rebus sic stantibus" tivesse sido, "redescoberta" em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)', cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até mesmo para tanto será preciso mudar.

22. Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do benefício pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos *versus* inativos] e sistema previdenciário [contribuintes *versus* beneficiários) não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar - pois não há direito adquirido a regime jurídico - o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei - e mais ainda emenda constitucional - aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a 'imediate aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais'.

23. - Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensejaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que '[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício'.

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, *caput* da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que 'a seguridade será financiada por toda a sociedade ...' e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio.

Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem - isso poderia ser dito - é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar - artigo 195, § 4º).

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que - repita-se - é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício previdenciário - auxílio-reclusão, etc. - deixaria de ser exigida qualquer contribuição.

Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria - apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social.

25. O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio.

Insisto em que a interpretação a *contrario sensu* só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado - não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência - a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo de cujus (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados.

(...)"

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários (no caso do RGPS) ou remuneração (no caso do RPPS), não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória a ausência de contraprestação - que faria sentido num regime exclusivamente contributivo -, por conta, precisamente, do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente, pois que a instituição de nova exação previdenciária só se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposentação. Contudo, lembra que, no julgamento da ADI 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 88, de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários de contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado, merecendo ser transcrito, aqui - apesar de renovar outros já apresentados -, os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

“Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição.

O princípio do ‘equilíbrio financeiro e atuarial’ contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões. No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn’s 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio

financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.

...

Outro argumento que se coloca é da chamada ‘causa suficiente’.

O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que ‘sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício’.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na idéia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a idéia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

‘Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento

sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.

Pois bem: o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: “Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade”.

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnatura o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.

(...)”.

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

Com relação ao *segundo pedido*, porém, a solução é diversa.

O autor pretende renunciar à aposentadoria integral que recebe e obter nova aposentadoria, desta vez com fundamento na *idade*, computando apenas o período de contribuição posterior à primeira aposentação, ou seja, 15 anos.

Trouxe os cálculos simulados no *site* da DATAPREV em 16.02.2011, juntados às fls. 22/24, onde comprova que, caso atendido o primeiro pedido, passaria a receber aposentadoria por tempo de contribuição com renda mensal de R\$ 3.689,66.

O § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 veda ao *aposentado* que permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral de Previdência Social ou a ele retornar, a fruição de prestações decorrentes do exercício dessa atividade, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional.

A interpretação do dispositivo faz ressaltar a palavra *aposentado*, o que comprova que, se estiver o segurado nessa condição, isto é, *aposentado*, não poderá acrescer outras coberturas previdenciárias à que já recebe, e nem utilizar os novos salários de contribuição posteriores para elevar o valor da renda mensal que recebe.

A meu ver, o que o § 2º proíbe é o aproveitamento do período de contribuição posterior para dar novo valor à renda mensal da aposentadoria já concedida, pelos fundamentos já expostos quando da apreciação do primeiro pedido. Ou seja, a proibição se restringe à *revisão* do valor da renda mensal da aposentadoria com o aproveitamento do tempo de contribuição posterior.

O segundo pedido, contudo, é totalmente diferente. O autor pretende renunciar à cobertura previdenciária que recebe por ter completado o tempo de serviço necessário à aposentadoria integral. E requer nova aposentadoria, desta vez por ter completado a idade e a carência, considerando apenas o tempo de contribuição posterior à primeira aposentação.

O pedido, agora, não é de revisão, uma vez que nada se aproveitará do tempo de serviço/contribuição utilizado para a concessão e cálculo da aposentadoria integral.

Agora sim, trata-se de renúncia à cobertura previdenciária concedida, com a obtenção de outra, mais vantajosa e totalmente distinta da anterior.

Não há, nesse pedido alternativo, violação a nenhum dos princípios constitucionais e legais que fundamentam o indeferimento do primeiro.

O segurado recebeu a proteção previdenciária a que tinha direito quando lhe foi concedida a aposentadoria integral, porque cumprira a carência e o tempo de serviço necessários à concessão do benefício. Não pretende, agora, apenas a modificação do que já recebe, mas, sim, a concessão de outra cobertura previdenciária mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo cumprido os requisitos de idade e carência.

São contingências geradoras de coberturas previdenciárias diversas - aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e aposentadoria por idade -, com base em períodos de carência e de contribuição totalmente diferentes, onde os cálculos do novo benefício nada aproveitarão do benefício antigo.

O regime previdenciário nenhum prejuízo terá com a renúncia e a concessão de novo benefício porque este estará fundado em novo período contributivo e em nova contingência e carência.

Resta a análise, agora, da proibição de renúncia ao benefício prevista no art. 181-B do Decreto 3.048/99. Diz o dispositivo que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis.

A previsão parte do pressuposto de que a aposentadoria é a proteção previdenciária máxima dada ao segurado, garantidora de sua subsistência com dignidade quando já não mais pode trabalhar, que poderia ser comprometida com a renúncia ao recebimento do benefício.

Proteção previdenciária é direito social. Irrenunciável, portanto. O que não se admite é que o segurado renuncie e fique totalmente à mercê da sorte.

Mas o que o autor pretende não é renúncia a toda e qualquer proteção previdenciária. Pelo contrário, pretende obter outra que lhe é mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo, para isso, cumprido os requisitos de idade e carência.

Possível, então, nessa hipótese, a renúncia à aposentadoria atual, para obtenção de aposentadoria por idade, uma vez que tempo de contribuição, carência e idade foram alcançados em período posterior à primeira aposentadoria.

Admitida a possibilidade de renúncia, resta verificar se o segurado cumpriu realmente os requisitos para a aposentadoria por idade.

Os requisitos para concessão da aposentadoria por idade se encontram fixados nos arts. 48 e 49 da Lei 8.213/91.

O *caput* do referido art. 48 dispõe:

“A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, 60 (sessenta) se mulher”.

A parte autora já era inscrita na Previdência Social antes da vigência da Lei 8213/91. O período de carência é o estabelecido no art. 142 da Lei 8.213/91, uma vez que aplicável, no caso, a norma de transição.

O autor completou 65 anos em 07.09.2003, portanto, fará jus ao benefício se comprovar o cumprimento do período de carência de 132 meses, ou seja, 11 anos.

O autor juntou cópias das CTPS (fls. 20/21), confirmados no CNIS (doc. anexo).

Conforme tabela anexa, até a propositura da ação (24/2/2001), o autora conta com 18 anos, 01 mês e 05 dias, tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por idade de trabalhador urbano.

O termo inicial do benefício é fixado na data da citação (23.08.2011 - juntada da resposta do INSS - fls. 74).

O abono anual decorre da Constituição Federal e da Lei 8.213/91, sendo devido independentemente de requerimento.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% das parcelas vencidas até a sentença, conforme Súmula 111 do STJ.

O INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas efetivamente comprovadas.

Isto posto, dou parcial provimento à apelação para conceder o benefício de aposentadoria por idade, considerado apenas o tempo de contribuição posterior à aposentadoria, a partir da citação (23.08.2011 - juntada da resposta do INSS - fls. 74). Fixo a verba honorária em 10% do valor da condenação, consideradas as parcelas vencidas até

a sentença, conforme Súmula 111 do STJ. A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos. O INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas efetivamente comprovadas.

As parcelas recebidas deverão ser compensadas a partir da DIB fixada nestes autos, nos termos do art. 462 do CPC.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre a possibilidade ou não da desaposentação para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposentação. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursoia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564 e ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0003713-51.2011.4.03.9999
(2011.03.99.003713-3)

Agravante: DEOLINDA MARIA COSTA DA CUNHA (= ou > de 60 anos)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 179/180
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIRASSUNUNGA - SP
Relatora Originária: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1593785
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.741/03. POSSIBILIDADE. ADIN 1232. MISERABILIDADE COMPROVADA. AGRAVO LEGAL PROVIDO.

- Agravo legal tendente à reforma de decisão monocrática.
- Concessão de benefício assistencial às pessoas elencadas no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.
- Possibilidade de aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, com a exclusão, para fins do cálculo da renda familiar *per capita*, de 1 (um) salário-mínimo proveniente de aposentadoria concedida a pessoa idosa.
- Adoção de orientação emanada do C. Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1232).
- Requisitos preenchidos.
- Agravo legal provido

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 maioria, dar provimento ao agravo legal da parte autora, nos termos do voto do Desembargador Federal Paulo Fontes, com quem votou a Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, vencida a Relatora, que lhe negava provimento.

São Paulo, 05 de março de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A parte autora interpõe agravo legal, da decisão proferida a fls. 179/180, que deu provimento ao apelo da Autarquia, com fulcro no art. 557, § 1º - A do CPC, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, cassando a tutela anteriormente concedida, considerando que ausentes os elementos necessários para concessão do benefício assistencial.

Alega, em síntese, que a decisão merece reforma, tendo em vista que demonstra estarem presentes os requisitos necessários à concessão do benefício assistencial. Requer seja reconsiderada a decisão, ou, caso mantida, sejam os autos apresentados em mesa para julgamento.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A questão em debate consiste em saber se a parte autora faz jus ao benefício que pretende receber, à luz do inciso V, do art. 203 da Constituição Federal, c. c. art. 139 da Lei nº 8.213/91 e art. 20 da Lei nº 8.742/93. Para tanto, é necessário o preenchimento de dois requisitos estabelecidos pelo art. 20, da Lei Orgânica da Assistência Social: I) ser portadora de deficiência que incapacite para o trabalho ou idoso com 65 anos ou mais e II) não possuir meios de subsistência próprios ou de familiares.

Destaco ainda que o parâmetro da renda previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 já foi questionado no Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.232/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, reconheceu a constitucionalidade da norma.

Neste caso, verifico que o julgado dispõe:

“(…) Na demanda ajuizada em 01.02.2010, o(a) autor(a) com 69 anos (data de nascimento: 07.11.1940), instrui a inicial com os documentos, de fls. 08/45, dos quais destaco: comunicado de indeferimento e benefício de prestação continuada da assistência social a pessoa idosa, formulado na via administrativa em 29.12.2009.

Veio o estudo social, de fls. 99/124, datado de 19.07.2010, informando que a autora reside com o marido (núcleo familiar de 2 pessoas), em residência própria, localizada em imóvel rural. Destaca que a renda familiar, de 1 salário-mínimo, advém da aposentadoria que o cônjuge auferi. Informa que o casal faz uso de medicação nem sempre fornecida pela rede pública de saúde. Relata que possuem um ‘fusca’ ano de 1966 em condições precárias. Salieta que recebem cesta básica da Secretaria Municipal de Promoção Social.

Com efeito, ao contrário do entendimento da decisão recorrida, não há no conjunto probatório elementos que possam induzir à convicção de que a parte autora está no rol dos beneficiários descritos na legislação.

Revedo posicionamento anteriormente adotado para apuração da renda *per capita*, verifico que o(a) requerente, hoje com 70 anos, não logrou comprovar a hipossuficiência, requisito essencial à concessão do benefício assistencial, já que o núcleo familiar é composto por duas pessoas, que residem em imóvel rural próprio, com renda de 1 salário-mínimo, possuem veículo automotor e recebem cesta básica da municipalidade.

Logo, é de se indeferir o benefício pleiteado.(…)”

Desta forma, não merece reparos a decisão recorrida.

É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

Neste sentido, cabe colacionar o julgado que porta a seguinte ementa:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ESTADUAL DE 1ª INSTÂNCIA EM VIRTUDE DE GREVE DOS SERVIDORES - INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO NÃO COMPROVADA - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A Portaria nº 5.914/2001 do Conselho da Magistratura, que suspendeu os prazos na Justiça Estadual em virtude da greve de seus servidores, não interferiu nos prazos processuais a serem observados perante à Justiça Federal.

2. O agravante não trouxe aos autos qualquer prova no sentido de que os autos estavam indisponíveis devido a greve dos servidores da justiça estadual, a demonstrar a ocorrência de evento de força maior, a justificar a interposição do agravo fora do prazo legal.

3. Consoante entendimento jurisprudencial do STJ a comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, o que não ocorreu nos autos.

4. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

5. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

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

7. Agravo improvido.”

(TRF 3ª Região - 5ª Turma - AG 145.845 - autos nº 2002.03.00.000931-9-SP - Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce - DJU 18.03.2003 - p. 388) - grifei.

Desta forma, não procede a insurgência da agravante.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal da parte autora.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES: Cuida-se de agravo legal interposto por Deolinda Maria Costa da Cunha em face de decisão monocrática que, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento à apelação do INSS para reformar a r. sentença e julgar improcedente seu pedido de benefício assistencial.

Alega, a recorrente, que demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da benesse.

Pedindo vênha a Sua Excelência, divergi de seu entendimento, para dar provimento ao recurso, pelos fundamentos a seguir expendidos:

Em face dos critérios de direito intertemporal, e tendo em vista a legislação vigente à data da formulação do pedido que provoca a presente análise recursal, os requisitos a serem observados para a concessão do benefício assistencial são os previstos no art. 203, V, da Constituição Federal, versado na Lei 8.742/1993. Por força desses diplomas, a concessão do benefício de prestação continuada depende de, cumulativamente: a) idade igual ou superior a 65 anos (art. 34 da Lei 10.741/2003), ou invalidez para o exercício de atividade remunerada (comprovada mediante exame pericial); b) não ter outro meio de prover o próprio sustento; c) família (ou pessoa de quem dependa obrigatoriamente, desde que vivam sob o mesmo teto) impossibilitada de promover o sustento do requerente, devendo apresentar renda mensal *per capita* não superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. A ausência de prova de qualquer um dos requisitos implica o indeferimento do pleito.

Acerca da renda familiar mensal, na ADI 1.232-DF, o E. STF considerou válidas, em tese, as disposições do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, que prevê o limite máximo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo de renda mensal *per capita* da família para que esta seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, para efeito de concessão de benefício previsto no art. 203, V, da Constituição.

Como bem salientado nessa decisão do E. STF, a Lei 8.742/1993, em seu art. 20, § 3º, previu situação objetiva de miserabilidade, vale dizer, sempre serão pobres e carentes da proteção do Estado os membros de uma unidade familiar cuja renda *per capita* seja de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Porém, a situação subjetiva de cada requerente pode evidenciar particularidades que permitam asseverar a miserabilidade mesmo se a renda *per capita* superar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, notadamente quando a idade e/ou a doença exigirem maiores gastos com remédios e outros cuidados básicos.

Há vários precedentes do E. STJ nesse sentido, como no RESP 314264/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 15/05/2001, v. u., DJ 18/06/2001, p. 185, afirmando que “o preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor”. No mesmo sentido, também no STJ, vale mencionar o decidido nos EDcl no AgRg no REsp 658705/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/03/2005, v. u., DJ 04/04/2005, p. 342, e ainda o contido no REsp 308711/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/09/2002, v. u., DJ 10/03/2003, p. 323.

Interpretando as circunstâncias de miserabilidade contidas na previsão do art. 203 V, da Constituição, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º/10/2003) esclareceu, em seu art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro idoso da família não será computado no cálculo da renda mensal familiar *per capita* a que se refere a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei 8.742/1993).

Filio-me à corrente jurisprudencial que, em correta aplicação analógica do referido art. 34 do Estatuto do Idoso, tem considerado ser possível excluir da renda familiar, para aferição do requisito da miserabilidade, o salário-mínimo percebido por idoso, mesmo que não advenha de outro benefício assistencial.

A Constituição garantiu especial proteção ao idoso, que veio a ser concretizada em sede legislativa pela citada Lei 10.741/2003. O art. 34 em comento manda excluir da renda familiar o benefício assistencial já concedido a idoso integrante do núcleo familiar, no intuito evidente de maximizar a sua proteção e reservar o benefício para suas necessidades pessoais.

Não se vê razão, pois, para que não se exclua também da renda familiar o ganho de igual valor que o idoso perceba, agora a qualquer título, pois merecedor de proteção semelhante à dispensada ao titular de benefício assistencial: “ubi eadem ratio, ibi idem jus” (v., nesse sentido: TRF 3ª Região, AC 865691, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, j. 14/02/2007, v. u., DJU 23/03/2007, p. 309; e AG 206966, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 03/04/2006, v. u., DJU 25/08/2006, p. 403).

In casu, a parte autora comprova possuir mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade (f. 11).

Resta perquirir se a solicitante pode ter a subsistência provida pela família.

A propósito, não incumbe investigar, aqui, se a proteção social seria supletiva à prestação de alimentos pela família. É bastante analisar, por ora, se a demandante poderia ter a subsistência provida pelos seus (art. 20 da Lei 8.742/1993). Só então, evidenciada a impossibilidade, buscar-se-ia o amparo do Estado.

Nessa seara, o estudo social produzido (fs. 100/104) revela que a proponente possui baixo padrão socioeconômico. Deveras, colhe-se do citado relatório, datado de 19/07/2010, que a autora vivia em casa própria com o marido idoso, sendo o núcleo familiar formado por 2 (duas) pessoas. A renda do casal provinha da aposentadoria do cônjuge da requerente, no valor de um salário-mínimo.

Aplicando-se a analogia acima referida, com o art. 34 do Estatuto do Idoso, conclui-se que a renda familiar *per capita* é inexistente.

Tecidas essas considerações, entendo demonstrada, *quantum satis*, no caso em comento, a situação de miserabilidade prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Ademais, além da renda familiar *per capita* inferior à fração legal, o aludido relatório socioeconômico confirma a real necessidade da solicitante quanto à obtenção da proteção assistencial.

Do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao agravo legal da parte autora.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator designado para o Acórdão

- Sobre a aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, veja também os seguintes julgados: AC 2002.03.99.006523-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 66/266; AC 2007.03.99.016693-8/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 87/193; AC 1999.61.16.003161-5/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/295; ApelReex 0003527-35.2005.4.03.6120/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 100/88 e AC 0033820-25.2004.4.03.9999/SP, publicada na RTRF3R 106/119.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL
0027993-86.2011.4.03.9999
(2011.03.99.027993-1)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 113/115
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARTA SEVERINA CACIQUE
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TUPI PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1656625
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. FILHA INVÁLIDA. INCAPACIDADE PARA O LABOR. COMPROVAÇÃO. EMANCIPAÇÃO. CASAMENTO. MANUTENÇÃO DA INVALIDEZ. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE CONFIGURADA.

I - A emancipação gerada pelo casamento afeta tão somente os dependentes que eram menores de 21 anos de idade, não alcançando os dependentes inválidos. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a permanência da situação de invalidez do dependente, sendo irrelevante se este contraiu matrimônio, mesmo porque a ocorrência de tal evento não implica necessariamente que o dependente tenha se recuperado das enfermidades que o tornaram incapacitado para o labor.

II - No caso vertente, o laudo médico pericial, realizado em 10.02.2010, atestou ser a demandante portadora de retardo mental grave, diabetes melitus e hipertensão arterial, que a tornam total e permanentemente incapacitada para o trabalho. Assinalou, outrossim, que a autora nasceu com retardo mental, tendo sido ainda acometida de diabetes melitus na infância. Não soube precisar em que momento teve início a hipertensão arterial. Assim sendo, considerando a demandante já padecia dos mesmos males ora constatados na época do falecimento de sua mãe, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

III - Agravo do INSS desprovido (art. 557, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interposto pelo INSS, na forma prevista no art. 557, § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de março de 2012.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, em face

da decisão de fls. 113/115, que negou seguimento à apelação do réu, mantendo a r. sentença recorrida, que condenou a autarquia previdenciária a conceder à parte autora o benefício de pensão por morte a partir da citação.

Objetiva o INSS, ora agravante, a reconsideração de tal decisão ou o provimento do presente agravo, alegando que a autora é casada, de modo que eventual insuficiência financeira a torna dependente de seu esposo e não de sua mãe; que desde o implemento dos 21 anos de idade, o filho maior incapaz não está mais sob a dependência econômica dos pais, máxime quando casado; que houve a perda da qualidade de dependente da filha/autora em decorrência de seu casamento, realizado em 1989; que o filho perde a qualidade de dependente ao se emancipar.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): A matéria de fundo veiculada pelo presente agravo cinge-se na questão acerca da condição de inválida da autora em face de sua emancipação proporcionada por seu casamento.

Relembre-se que a emancipação gerada pelo casamento afeta tão somente os dependentes que eram menores de 21 anos de idade, não alcançando os dependentes inválidos. Na verdade, o que justifica a manutenção do benefício de pensão por morte é a permanência da situação de invalidez do dependente, sendo irrelevante se este contraiu matrimônio, mesmo porque a ocorrência de tal evento não implica necessariamente que o dependente tenha se recuperado das enfermidades que o tornaram incapacitado para o labor.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INVALIDEZ. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. BENEFICIÁRIO. CASAMENTO. CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. O ponto nodal da lide é compreender que o autor, beneficiário do INSS, titular de benefício da espécie pensão por morte, teve seu direito ceifado em razão de haver contraído matrimônio. Importa mencionar que o autor foi considerado incapaz (por motivo de doença mental) pelo instituto réu, razão pela qual recebia a referida pensão sendo maior de vinte e um anos.

A tese da autarquia ré, a julgar pelo teor do procedimento administrativo, é a de que o matrimônio põe termo à incapacidade. Nada mais equivocado. Como se o casamento tivesse o condão de fazer cessar as mais graves e complexas deficiências mentais de que pode sofrer o gênero humano. A nosso ver, como bem esclareceu o *Parquet*, a explicação para tal equívoco administrativo deve residir na emancipação trazida pelo casamento para os menores. A partir daí deve ter surgido a confusão que gerou a cessação indevida do benefício.

É de se concluir, a partir do próprio texto legal, que a lei não atribui ao matrimônio o efeito de encerrar benefício da espécie pensão por morte, nos exatos termos do que impõe o § 3º do art. 77 da Lei 8.213/91. Somente através da cessação

da incapacidade é que tal evento se concretizará, o que não é o caso. Outrossim, consta do autos certidão expedida pelo Cartório do 1º Ofício da Comarca de Itaporanga/PB demonstrando ser o impetrante interdito judicialmente. Ora, se para a concessão do benefício houve necessidade de comprovação da invalidez, somente mediante perícia médica poderia haver sido cabalmente demonstrado o fim de tal circunstância. Daí decorre a ilegalidade procedimental do instituto réu, que desrespeitou o devido processo legal, e por que não dizer o contraditório e a ampla defesa, já que o autor recebeu tão somente uma comunicação acerca do cancelamento de seu benefício.

Remessa oficial não provida.”

(TRF - 5ª Região; REO 2000.82.01.006901-8; 2ª Turma; Rel. Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior; j. 13.09.2005; DJ 10.10.2005)

No caso vertente, o laudo médico pericial, realizado em 10.02.2010 (fl. 51), atestou ser a demandante portadora de retardo mental grave, diabetes melitus e hipertensão arterial, que a tornam total e permanentemente incapacitada para o trabalho. Assinalou, outrossim, que a autora nasceu com retardo mental, tendo sido ainda acometida de diabetes melitus na infância. Não soube precisar em que momento teve início a hipertensão arterial.

Assim sendo, considerando a demandante já padecia dos mesmos males ora constatados na época do falecimento de sua mãe, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pelo INSS*, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0028898-91.2011.4.03.9999
(2011.03.99.028898-1)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 93/95
Apelante: DALVA ROSA VIANA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE MATÃO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NINO TOLDO
Classe do Processo: AC 1658113
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/03/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à re-discussão de matéria já decidida.
2. Mantida a decisão agravada, eis que inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão impugnada, e porque os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.
3. Não houve ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal na solução da controvérsia, uma vez que a questão foi analisada à luz dos precedentes firmados no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.
4. Embora a decisão recorrida tenha mencionado ser “desnecessário que a parte autora comprove o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício”, consoante precedentes firmados por esta Nona Turma à época, da análise dos autos verifica-se que houve comprovação de atividade rural nesse período, ainda que de foram descontínua, consoante os depoimentos das testemunhas (fls. 62/69). Ademais, o § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 não exige que o segurado deva demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal.
5. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 12 de março de 2012.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de decisão monocrática (fls. 93/95) a qual deu provimento à apelação da parte autora para conceder o benefício de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, a partir da citação, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios.

Sustenta a autarquia, em síntese, que a prova testemunhal não é suficiente para a confirmação de atividade rural (Súmula nº 149 do Superior Tribunal de Justiça e art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). Aduz, ainda, que não foi atendido o requisito do art. 143 da Lei nº 8.213/91, o qual exige a comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, e que seu afastamento ofende o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

“Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por idade rural, sobreveio sentença de improcedência do pedido.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando o cumprimento dos requisitos necessários à concessão do benefício.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO.

A matéria trazida a análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, pois as questões discutidas neste feito encontram-se pacificadas pela jurisprudência, sendo possível antever sua conclusão, se submetidas à apreciação do Colegiado, com base em julgamentos proferidos em casos análogos.

A Autora postula a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo.

Tal benefício está previsto no artigo 143 da Lei nº 8.213/91, exigindo-se, para a sua concessão, a comprovação do exercício de trabalho rural, ainda que descontinuamente, mas no período imediatamente anterior ao ajuizamento da demanda, em número de meses idêntico à carência desse benefício, dispensando-se a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições mensais nesse período. Em se tratando de trabalhadora rural, a aposentadoria por idade é devida aos 55 (cinquenta e cinco) anos (artigo 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91).

Tendo a Autora nascido em 16/01/1942, completou a idade acima referida em 16/01/1997.

Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, para a comprovação do trabalho rural é necessária a apresentação ao menos de início de prova material, corroborável por prova testemunhal. Ressalta-se que o início de prova material, exigido pelo § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal para demonstração do labor rural.

Início de prova material, conforme a própria expressão o diz, não indica completude, mas sim começo de prova, princípio de prova, elemento indicativo que permita o reconhecimento da situação jurídica discutida, desde que associada a outros dados probatórios.

Neste caso, há início de prova documental da condição de rurícola da parte autora, consistente em cópias de anotações de contratos de trabalho rural em sua CTPS (último vínculo em 31/01/1986 - fls. 13/14 e 28). Segundo a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tal documentação, em conjunto com a prova testemunhal colhida no curso da instrução processual, é hábil ao reconhecimento de tempo de serviço trabalhado como rurícola, conforme revela a seguinte ementa de julgado:

‘As anotações em certidões de registro civil, a declaração de produtor rural, a nota fiscal de produtor rural, as guias de recolhimento de contribuição sindical e o contrato individual de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, todos contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.’ (REsp nº280402/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10/09/2001, p. 427).

Não bastasse, há início de prova material da condição de rurícola do marido da autora, consistente na cópia da certidão de casamento (01/06/1963 - fl. 12), na qual ele está qualificado como lavrador. O Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, pacificou o entendimento de ser extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo marido, constante de documento, conforme revela a ementa deste julgado:

‘PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL.

Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora rural da sua mulher.

Recurso especial atendido' (REsp nº 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256).

Por sua vez, as testemunhas ouvidas complementaram plenamente esse início de prova material ao asseverarem, perante o juízo de primeiro grau, sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem contraditas, que a autora exerceu atividade rural (fls. 62/69).

Ainda que o marido da parte autora possua registros urbanos a partir de 1981, conforme se verifica do documento juntado à fl. 31, bem como que ela receba pensão por morte na categoria 'industrial' (DIB em 28/10/1988 - fl. 29), ela faz jus à aposentadoria por idade prevista no artigo 143 da Lei nº 8.213/91, uma vez que, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e em estrita observância à Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, restou comprovado o efetivo exercício de trabalho rural por tempo superior ao equivalente à carência necessária, de acordo com a tabela do artigo 142 da Lei nº 8.213/91.

A 9ª Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal firmou entendimento no sentido de ser desnecessário que a parte autora comprove o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou ao implemento do requisito etário, porquanto a perda da qualidade de segurado, por si só, não é mais considerada, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003, para a concessão do benefício, conforme se verifica da seguinte ementa de acórdão:

‘CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CTPS. PROVA PLENA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE COMPROVADA. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR. CARÊNCIA. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BENEFÍCIO DE CARÁTER VITALÍCIO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. PREQUESTIONAMENTO.

...

6 - Preenchido o requisito da idade e comprovado o efetivo exercício da atividade rural, é de se conceder o benefício de aposentadoria por idade. 7 - Descabida a exigência do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício àquele que sempre desempenhou o labor rural. 8 - A perda da qualidade de segurado não é mais considerada, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, para a concessão do benefício pleiteado' (AC - 200503990431753, Relator Desembargador Federal NELSON BERNARDES, DJU 18/10/2007, p. 724).

Importante frisar que, comprovado o exercício de trabalho rural pelo período equivalente à carência, não há necessidade de comprovação de recolhimento de qualquer contribuição para a Previdência Social, no caso do benefício pleiteado, nos termos dos artigos 39, inciso I, 48, § 2º, e 143, todos da Lei nº 8.213/91. Somente o segurado que desejar usufruir benefícios outros e em valor diverso a um salário mínimo é que deve comprovar haver contribuído facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social, a teor do inciso II do art. 39 da referida Lei. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser 'Inexigível do trabalhador rural, em regime de economia familiar, a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias para fins de aposentadoria

por idade, a teor do artigo 143, da Lei 8.213/91' (REsp nº 245418/SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 18/04/2000, DJ 19/06/2000, p. 199).

Portanto, atendidos os requisitos legais, o autor faz jus à aposentadoria por idade rural, com renda mensal no valor de 1 (um) salário mínimo.

À minguia de comprovação de protocolização de requerimento administrativo, o benefício é devido a partir da data da citação do INSS (14/10/2009 - fl. 19), pois desde então o Instituto foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

A correção monetária sobre as prestações em atraso é devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 561/2007. Quanto aos juros de mora, esta turma já firmou posicionamento no sentido de que devem ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força dos artigos 1062 do Código Civil de 1916 e 219 do Código de Processo Civil, até a vigência do novo Código Civil (11/01/2003), quando tal percentual é elevado para 1% (um por cento) ao mês, por força dos artigos 406 do novo Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (30/06/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, por força do seu artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

No tocante às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir daí, e para aquelas vencidas após, a partir dos respectivos vencimentos.

Em virtude da sucumbência, arcará o INSS com os honorários advocatícios, ora arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e conforme entendimento sufragado pela 9ª Turma desta Corte Regional. Ressalte-se que a base de cálculo sobre a qual incidirá mencionado percentual será composta das prestações vencidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença, em consonância com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA* para, reformando a sentença, conceder o benefício de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo mensal, a partir da data da citação, com correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios, na forma da fundamentação.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS,

instruído com os documentos da segurada *DALVA ROSA VIANA*, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do *benefício de aposentadoria por idade rural*, com data de início - *DIB (14/10/2009)*, e renda mensal inicial - *RMI no valor de 1 (um) salário mínimo*, com observância, inclusive, das disposições do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC. O aludido ofício poderá ser substituído por *e-mail*.

Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intímem-se.”

Especificamente em relação à violação do princípio da reserva de plenário, é necessário ressaltar que não se discute nos autos qualquer tese acerca da constitucionalidade ou não do art. 143 da Lei nº 8.213/91.

Embora a decisão recorrida tenha mencionado ser “desnecessário que a parte autora comprove o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício”, consoante precedentes firmados por esta Nona Turma à época, da análise dos autos verifica-se que houve comprovação de atividade rural nesse período, ainda que de forma descontínua, consoante os depoimentos das testemunhas (fls. 62/69). Ademais, o § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91 não exige que o segurado deva demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de rurícola, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal.

Vale dizer, a questão foi analisada à luz dos precedentes firmados no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, no sentido de que as provas apresentadas, em conjunto com a prova testemunhal, são suficientes para o reconhecimento do tempo de serviço rurícola.

Assim, não houve ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal na solução da controvérsia.

É de se lembrar que o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

Deve o recurso demonstrar a errônea aplicação do precedente ou a inexistência dos pressupostos de incidência do art. 557 do CPC, de modo que a irrisignação a partir de razões sobre as quais a decisão exaustivamente se pronunciou não é motivo bastante para sua interposição. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ. AGRAVO DESPROVIDO. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. - O conjunto probatório revela razoável início de prova material, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. - Assinale-se ser ‘prescindível que o início de prova material abranja necessariamente o número de meses idêntico à carência

do benefício no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia probatória ao tempo da carência, vale dizer, desde que a prova oral permita a sua vinculação ao tempo de carência.’ (v. g: AgRg no REsp 945.696/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 7/4/2008). - A Terceira Seção do Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de ser desnecessário que o implemento das condições para a aposentadoria por idade ocorram de forma simultânea, visto que não exigida esta característica no art. 102, § 1º, da Lei 8.213/91. Assim, não há óbice à concessão do benefício mesmo que, quando do implemento da idade, já se tenha perdido a qualidade de segurado (v. g: 643668/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 23/08/2005, DJ 03/10/2005) - Reitere-se, por fim, que nos termos da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, ‘o trabalho urbano exercido pelo cônjuge não descaracteriza a condição de segurada especial da autora, desde que não seja suficiente para a manutenção do núcleo familiar’ (v. g: REsp 969473/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. em 13.12.2007, DJ 07.02.2008) - Ademais, a decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído que, ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível (Lei nº 8.213/91, arts. 26, III, 142 e 143). - *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.*” (AC nº 1604376, TRF3, Décima Turma, Relatora Des. Fed. Diva Malerbi, DJ: 30/11/2011)

Posto isso, NEGO PROVIMENTO ao agravo.
Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

- Sobre a desnecessidade da comprovação de exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade de rurícola, podendo inclusive tal comprovação ser em períodos descontínuos, veja também os seguintes julgados: AC 96.03.060821-1/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 63/213; AC 2001.61.08.006431-5/SP, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicada na RTRF3R 75/225 e AC 2004.03.99.035950-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 80/339.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0009815-23.2005.4.03.6112
(2005.61.12.009815-4)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 197/208
Apelante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP
Apelado: MUNICÍPIO DE ÁLVARES MACHADO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES
Classe do Processo: AC 1684192
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE.

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

II - A decisão está em absoluta consonância com o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido da desnecessidade de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos.

III - Agravo legal 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de abril de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, contra a decisão que, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação (fls. 197/208).

Sustenta o Agravante, em síntese, que a questão em tela deve ser analisada pela interpretação sistemática dos arts. 4º, 15 e 19, da Lei nº 5.991/73, 1º, do Decreto nº 85.878/81 e 24, da Lei nº 3.820/60, os quais permitem concluir pela necessidade de assistência profissional farmacêutica em dispensário de medicamentos.

Aduz, outrossim, a inaplicabilidade da Súmula 140/TFR (fls. 205/207).

Por fim, pleiteia o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada.

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

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Não assiste razão ao Agravante.

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

Com efeito, a decisão está em absoluta consonância com o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e da Sexta Turma desta Corte (ou jurisprudência dominante de Tribunal Superior e desta Corte), tendo sido proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de apelação interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, para reconhecer a inexigibilidade da presença de farmacêutico nos dispensários de medicamentos do embargante. Decisão não submetida ao reexame necessário, a teor do disposto no art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões, sustenta a apelante, em síntese, a necessidade da manutenção de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos, bem como a inaplicabilidade da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 15 da Lei nº 5.991/73 dispõe que as farmácias e drogarias devem ter de modo obrigatório a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia.

Por sua vez, a mesma Lei 5.991/73, regulamentada pelo Decreto nº 74.170/74, define, em seu artigo 4º, as atividades de farmácia, drogaria ou dispensário, conceituando-as da seguinte forma:

‘Art. 4º: Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

(...)

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XIV - Dispensário de medicamentos - setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente;

(...)

XV - Dispensação - ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos a título remunerado ou não.’

Desta forma, resta claro que não se exige, para o dispensário de medicamentos, a assistência de um farmacêutico, por não caracterizar a prestação de serviços de farmácia.

Todavia, o Decreto nº 793/93, alterando o artigo 27 do Decreto regulamentador nº 74.170/74, exorbitou a sua competência, criando obrigações não previstas na Lei nº 5.991/73, exigindo a assistência de farmacêutico responsável nos setores de dispensação de medicamentos dos hospitais e casas de saúde, ‘in verbis’:

Art. 27: ‘A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável’.

(..)

§ 2º: ‘Contarão também, obrigatoriamente, com a assistência de farmacêutico responsável os setores de dispensação dos hospitais públicos e privados e demais unidades de saúde, distribuidores de medicamentos, casas de saúde, clínicas de repouso e similares que dispensam, distribuem ou manipulam medicamentos sob controle especial ou sujeitos a prescrição médica’.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o decreto regulamentador extrapolou os limites traçados pela lei que rege a matéria, violando o princípio da legalidade.

De fato, a norma regulamentar, hierarquicamente inferior, deve obediência à lei, não podendo modificar, suspender, alterar, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

Destarte, ilegal a exigência da assistência técnica do farmacêutico nos dispensários de medicamentos, bem como do registro do estabelecimento no Conselho Regional de Farmácia, porquanto, se a lei não impõe tal obrigação, não cabe ao decreto regulamentador fazê-lo.

Ora, o dispensário de medicamentos, como definido pela lei, não tem a atribuição de fornecimento direto de medicamentos ao consumidor (dispensação), sendo apenas um simples setor de fornecimento de medicamentos industrializados e embalados na origem, utilizado para o atendimento aos pacientes de pequena unidade hospitalar ou equivalente, sob a supervisão de médicos, que os prescrevem.

Assim, os centros de saúde enquadram-se na definição legal de dispensários de medicamentos, não se exigindo a presença do farmacêutico responsável, nem tampouco o registro do estabelecimento no Conselho Regional de Farmácia. O mesmo acontece com relação aos dispensários de pequenas unidades Hospitalares.

A Súmula nº 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos assim dispõe:

As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamentos, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico.

No mesmo sentido tem-se posicionado este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme exemplificam os julgados abaixo transcritos:

‘ADMINISTRATIVO. DISPENSÁRIO HOSPITALAR DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE TÉCNICO FARMACÊUTICO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DESNECESSIDADE.

1. O artigo 15 da Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973 exige a presença de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia somente nas farmácias e drogarias.

2. O Decreto regulamentador nº 793/93, ao alterar dispositivos do Decreto nº 74.170/74, ampliou a abrangência das situações previstas na Lei nº 5.991/73, para incluir os dispensários de medicamentos, em franca violação ao princípio da reserva legal.

3. O dispensário de medicamentos, tal como definido pela lei nº 5.991/73, é um simples setor de fornecimento de medicamentos industrializados e embalados na origem, de pequena unidade hospitalar ou equivalente, sendo utilizado par o atendimento aos pacientes do hospital, sob supervisão de médicos, no qual não há manipulação de fórmulas, tampouco comercialização de medicamentos, prescindindo portanto de assistência técnica de farmacêutico, e conseqüentemente de registro perante o Conselho Regional de Farmácia. Precedentes: RESP nº 167149/SP - Rel. Min. GARCIA VIEIRA - DJ de 24.08.98; RESP nº 204972/SP - Rel. Min. PEÇANHA MARTINS - DJ de 02.04.2001; AC nº 2001.61.00019267-8/SP - Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA - DJ de 04.11.2002.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AMS nº 1999.03.99.115034-4/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, v. u., DJU 08/08/2003, pág. 395)

‘ADMINISTRATIVO - REEXAME NECESSÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - REGISTRO DE UNIDADE HOSPITALAR - INEXIGÊNCIA - DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS - RESPONSÁVEL TÉCNICO - DESNECESSIDADE.

1. A sentença proferida contra autarquia submete-se ao reexame necessário, por força da disposição contida no art. 10 da Lei nº 9.469/97.

2. Os hospitais e estabelecimentos de serviço médico-hospitalar não estão obrigados ao registro no Conselho Regional de Farmácia. Inteligência do art. 1º da Lei nº 6.839/80.

3. O dispensário de medicamentos de estabelecimento hospitalar não necessita de profissional farmacêutico.

(AC nº 1999.61.00.050852-1/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, v. u., DJU 11/04/2003, pág. 421)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha o mesmo posicionamento, conforme se depreende dos julgados abaixo transcritos:

‘PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Caso em que se discute a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos.

2. Sob esse enfoque, tem-se que “o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei 5.991/73, em seu art. 15, somente exigiu a presença de responsável técnico, bem como sua inscrição no respectivo conselho profissional às farmácias e drogarias. Destarte, os dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas (art. 4º, XIV) não estão obrigados a cumprir as referidas exigências” (AgRg no Ag 999.005/SP). Entendimento consolidado na Súmula nº 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

3. De igual forma: AgRg no Ag 1.221.604/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 10/9/2010, AgRg no Ag 1.191.365/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/5/2010.

4. Agravo regimental não provido.’

(STJ - AgRg no Ag 1185687/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0084054-7 - Ministro Relator BENEDITO GONÇALVES - 1ª Turma - Data do Julgamento - 19/10/2010)

‘ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO. SÚMULA 7/STJ.

1. Esta Corte possui o entendimento no sentido de que os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento. Precedentes.

2. O Tribunal *a quo* consignou que no caso dos autos “não é possível aferir-se, com precisão, se todos os hospitais e santas casas de misericórdias e entidades beneficentes do Estado do Paraná, representados pela federação ora impetrante, possuem meros dispensários de medicamentos ou verdadeiras farmácias hospitalares” (e-STJ fl. 472).

3. Para contestar tais premissas, seria indispensável revisar o contexto fático-probatório, o que se mostra vedado nos termos da Súmula 7/STJ, de seguinte redação: “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

4. A assertiva de não caber ao Poder Judiciário examinar se os hospitais possuem ou não dispensário de medicamento, ao argumento de que tal providência deveria ser realizada pelos órgãos específicos de fiscalização, não foi alegada nas razões do especial, tampouco discutida pelo aresto recorrido, impondo a incidência da Súmula 211/STJ.

5. Agravo regimental não provido.’

(STJ - AgRg no REsp 1077647/PR - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0164216-2 - Ministro Relator CASTRO MEIRA - 2ª Turma - Data do Julgamento - 16/09/2010)

Não se exigindo a presença do farmacêutico responsável nos dispensários de medicamentos, não é legítima a autuação dos postos de saúde da Prefeitura ou pequenas unidades hospitalares restando insubsistentes as CDA’s que instruem a execução.

Posto isso, NEGO SEGUIMENTO à apelação, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.”

O Agravante apenas reiterou e repetiu os argumentos trazidos quando da interposição do recurso de apelação, nada acrescentando no agravo que possa alterar o entendimento adotado naquela decisão.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

- Sobre a desnecessidade de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos, veja também o seguinte julgado: AMS 2001.61.00.007635-6/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 78/367.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0024190-71.2006.4.03.9999
(2006.03.99.024190-7)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 123/123V
Interessada: ELISA ANTUNES DE ALMEIDA
Codinome: ELISA DE ALMEIDA CLETO
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TATUÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: ApelReex 1125644
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. VOTO VENCIDO.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. O voto vencido já foi juntado às fls. 134/135.
5. Embargos rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de março de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de embargos de declaração de fls. 126/129 opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de v. acórdão de fls. 123/123v que, por maioria, negou provimento ao agravo legal interposto pelo INSS.

O v. acórdão foi proferido em sede de agravo legal, interposto contra r. decisão do Exmo. Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, que nos termos do art. 557, do CPC, não conheceu da remessa oficial, e deu parcial provimento à apelação do INSS, para fixar o termo inicial do benefício a partir da citação, mantendo, no mais, a r. sentença recorrida.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL DO INSS. SEPARAÇÃO DO MARIDO. AUXÍLIO-DOENÇA NO RAMO COMERCÍARIA. CNIS. PRESUNÇÃO RELATIVA. OUTROS ELEMENTOS. PRESENÇA DE REQUISITOS. MATÉRIA PACIFICADA.

- Agravo legal tendente à reforma de decisão unipessoal.
- O fato de ter se separado do esposo, em 1982, não descaracterizou sua condição de rural tendo em vista todos os testemunhos terem sido uníssonos ao afirmarem que a vindicante deixou de trabalhar na roça há uns 8 a 10 anos.
- O auxílio-doença recebido, no período de 18/12/2000 a 15/09/2002, também não obsta que seja reconhecida como trabalhadora rural, tendo em vista ter implementado o requisito etário em 1995, 5 anos antes à requisição do benefício.
- A data de inscrição na previdência posterior à data do implemento do requisito etário, ou seja, o requisito etário ela completou em 30/09/1995 e a data da inscrição é 11/03/1996.
- O CNIS tem se mostrado, até o momento, de presunção relativa, não estando o juiz adstrito a considerá-lo como prova cabal, tendo que associá-lo aos demais elementos comprobatórios acostados aos autos para motivação de sua convicção.
- Presentes os requisitos autorizadores da concessão do benefício pleiteado, em virtude de comprovação de exercício de labor rural da promovente.
- Prova testemunhal corroborando e ampliando prova material.
- Entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria vertida nos autos.
- Agravo legal improvido.”

O embargante, em suas razões, alega que a parte autora não comprovou o trabalho rural nos últimos cinco anos anteriores ao requerimento do benefício ou ajuizamento da ação ou mesmo anteriores a data em que completou a idade mínima, mesmo que forma descontínua, conforme exigem os artigos 39, I e 143, da Lei nº 8.213/91, muito menos pelo prazo de carência exigido pelo art. 142, assim o v. acórdão foi omissivo e obscuro, quanto ao disposto no art. 333, I, do CPC e art. 55, § 3º c/c arts. 108, 39, I e 143, da Lei nº 8.213/91, bem como a Súmula nº 149 do E. STJ. Requer, ainda, a juntada do voto vencido da Exma. Desembargadora Federal Leide Polo. Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 535 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme o disposto no voto condutor a certidão de casamento, ocorrido a 1º/12/1962 (fl. 15), mais as cópias das certidões de nascimento das filhas, em 06/12/1963 e 15/11/1977 (fls. 16 e 17), onde consta a qualificação do marido como lavrador, constituem razoável início de prova documental.

E, ainda, o fato de ter se separado do esposo, em 1982, não descaracterizou sua condição de rural, tendo em vista todos os testemunhos terem sido uníssonos ao afirmarem que a vindicante deixou de trabalhar na roça há uns 8 a 10 anos (fls. 64/66).

No mais, o voto vencido da Exma. Desembargadora Federal Leide Polo já foi juntado às fls. 134/135.

Deste modo, pretende o embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, “in casu”, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

A respeito, trago à colação aresto citado por Theotônio Negrão em “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, Editora Saraiva, 35ª ed., 2003, p. 593, “in verbis”:

“Os embargos de declaração não constituem recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão (Bol AASP 1.536/122).”

Sob outro aspecto, o julgador não está adstrito a examinar, um a um, todas as normas legais ou argumentos trazidos pelas partes, bastando que decline fundamentos suficientes para lastrear sua decisão (RSTJ 151/229, TRF/3ªR, Proc. 93.03.028288-4, 4ª T., DJ 29.04.1997, p. 28722 e RJTJESP 115/207).

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pelo ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

- Sobre a inadmissibilidade da interposição de embargos de declaração com caráter meramente infringente, veja também os seguintes julgados: SuExSe 96.03.061179-4/SP, Relator Juiz Jorge Scartezini, publicada na RTRF3R 31/32; AMS 2004.61.20.007305-4/SP, Relatora Juíza Federal Eliana Marcelo, publicada na RTRF3R 88/449; AI 2007.03.00.094133-9/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, publicado na RTRF3R 93/367; AI 2009.03.00.011744-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicado na RTRF3R 99/369; AI 0013284-07.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicado na RTRF3R 103/646 e AC 0030103-92.2010.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 106/652.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0009060-36.2009.4.03.6119
(2009.61.19.009060-5)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 83/86
Parte Autora: ELISABETE DE OLIVEIRA FELIX
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AC 1567047
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/03/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. LIBERAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA AO FGTS POR MEIO DE PROCURADOR. ART. 20, § 18, DA LEI 8.036/90.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - O artigo 20, § 18, da Lei 8.036/90, estabelece que “É indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim”.

IV - A movimentação da conta vinculada ao FGTS por procurador não se limita às hipóteses de impossibilidade de comparecimento do titular à CEF por motivo de saúde, abrangendo, também, outras hipóteses em que o trabalhador fique impedido de efetuar o saque direta e pessoalmente.

V - É o que ocorre quando o titular estiver recolhido à prisão ou residindo no exterior, em tais situações, há uma situação excepcional que impede o comparecimento pessoal do trabalhador à CEF, a autorizar o saque mediante procuração.

VI - A jurisprudência do C. STJ consolidou-se no sentido de que o artigo 20, § 18 da Lei 8.036/90 deve ser interpretado extensivamente, autorizando, assim, que a conta vinculada ao FGTS seja movimentada por mandatário devidamente constituído, eis que este, nos termos da legislação civil, atua em nome do titular, o representando.

VII - Cumpre anotar que tanto o artigo 20, § 18, da Lei 8.036/90, quanto os artigos 653 e 654, ambos do Código Civil, não estabelecem a necessidade de que tal procuração seja pública. Daí se concluir que a procuração particular é suficiente para a providência pleiteada e que a sentença apelada não andou bem ao condicionar a movimentação da conta do FGTS à apresentação de procuração pública.

VIII - Convém observar que a autora é pessoa pobre, na acepção jurídica do termo, tanto que está sendo assistida pela Defensoria Pública da União, de modo que é evidente que a exigência de apresentação de procuração pública ensejará custos capazes de inviabilizar a satisfação da tutela jurisdicional aqui deferida.

IX - A procuração particular passada pelo titular da conta à autora merece fé, até porque contém o visto do Diretor II do Centro de Segurança-Disciplina onde ele está recolhido.

X - A decisão recorrida merece parcial provimento, apenas para se afastar a exigência de apresentação de procuração pública, a fim de autorizar a movimentação da conta vinculada mediante alvará judicial, tendo em vista a recusa da CEF de fazê-lo por meio de procurador regularmente constituído.

XI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) interposto contra r. decisão monocrática proferida às fls. 83/86 na forma do art. 557, *caput*, do CPC.

Em suma, a recorrente alega que a r. decisão agravada não pode prevalecer em face de normas constitucionais e legais, bem como de precedentes jurisprudenciais que foram indicados. Ao final, postula a reforma do r. provimento hostilizado.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

Observo que o r. provimento hostilizado foi prolatado em precisa aplicação das normas de regência e está adequado ao entendimento jurisprudencial predominante, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria acolhida por esta Colenda Turma, encontrando-se a espécie bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

Confira-se:

“Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de liberação de valores depositados em conta vinculada ao FGTS por meio de procurador, desde que devidamente comprovada a apresentação de procuração pública para esse fim.

Inconformada, a CEF interpõe recurso de apelação, no qual defende que, consoante o artigo 20, § 18, da Lei 8.036/90, não seria possível a movimentação da conta vinculada mediante procuração, mas apenas pessoal e diretamente pelo seu titular.

Recebido o recurso, a autora apresentou resposta e recurso adesivo, no qual requer que seja afastada a necessidade de apresentação de procuração pública, pois tal providência é demasiadamente custosa, inviabilizando a satisfação da tutela jurisdicional.

A CEF não apresentou resposta ao recurso adesivo.

É o breve relatório.

Decido.

A matéria comporta julgamento, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC - Código de Processo Civil, eis que o tema é objeto de entendimento consolidado no âmbito do C. STJ - Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

O artigo 20, § 18, da Lei 8.036/90, estabelece que ‘É indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim’.

A melhor exegese do dispositivo acima conduz à conclusão de que a movimentação da conta vinculada ao FGTS por procurador não se limita às hipóteses de impossibilidade de comparecimento do titular à CEF por motivo de saúde, abrangendo, também, outras hipóteses em que o trabalhador fique impedido de efetuar o saque direta e pessoalmente.

É o que ocorre, por exemplo, quando o titular estiver recolhido à prisão ou residindo no exterior, pois, em tais situações, há uma situação excepcional que impede o comparecimento pessoal do trabalhador à CEF, a autorizar o saque mediante procuração.

Diante de tal cenário, a jurisprudência do C. STJ consolidou-se no sentido de que o artigo 20, § 18 da Lei 8.036/90 deve ser interpretado extensivamente, autorizando, assim, que a conta vinculada ao FGTS seja movimentada por mandatário devidamente constituído, eis que este, nos termos da legislação civil, atua em nome do titular, o representando.

A par disso, cumpre anotar que tanto o artigo 20, § 18, da Lei 8.036/90, quanto os artigos 653 e 654, ambos do Código Civil, não estabelecem a necessidade de que tal procuração seja pública. Daí se concluir que a procuração particular é suficiente para a providência pleiteada e que a sentença apelada não andou bem ao condicionar a movimentação da conta do FGTS à apresentação de procuração pública.

No particular, convém observar que a autora é pessoa pobre, na acepção jurídica do termo, tanto que está sendo assistida pela Defensoria Pública da União, de modo que é evidente que a exigência de apresentação de procuração pública ensejará custos capazes de inviabilizar a satisfação da tutela jurisdicional aqui deferida.

Ademais, conforme se infere do documento de fl. 30, a procuração particular passada pelo titular da conta à autora merece fé, até porque contém o visto do Diretor II do Centro de Segurança-Disciplina onde ele está recolhido.

Portanto, a decisão recorrida merece parcial provimento, apenas para se afastar a exigência de apresentação de procuração pública, a fim de autorizar a movimentação da conta vinculada mediante alvará judicial, tendo em vista a recusa da CEF de fazê-lo por meio de procurador regularmente constituído.

Por oportuno, vale trazer a baila a jurisprudência sobre a matéria:

‘PROCESSUAL CIVIL. MOVIMENTAÇÃO DE SALDOS DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA AO FGTS. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM DISCUSSÃO JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ART. 20, § 18, DA LEI Nº 8.036/90 QUE EXIGE A OUTORGA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS PARA FINS DE MOVIMENTAÇÃO POR TERCEIRA PESSOA QUE NÃO O FUNDISTA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA DE LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INAPLICABILIDADE DO PRECEITO LIMITADOR. 1. *A interpretação teleológico-sistêmica do § 18, do art. 20, da Lei nº 8.036/90 conduz à exegese de que os saques dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS, se faça por terceira pessoa, desde que munida por procuração especialmente outorgada para referida finalidade, com o escopo de resguardar o direito do fundista da ocorrência de possíveis fraudes.* 2. O julgador deve preservar o alcance social da limitação prevista no § 18, do art. 20, da Lei nº 8.036/90, interpretando-o de forma extensiva para possibilitar referidos saques por procuradores legalmente e especificamente constituídos para tal mister, quando ocorrentes fortes empecilhos que obstaculizem o comparecimento do fundista na agência bancária. (Precedente: REsp 803.610/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 10/09/2007 p. 195) 3. *In casu*, o Mandado de Segurança foi impetrado preventivamente por patronos de fundistas que, não obstante possuísem procuração outorgada com poderes específicos para promover a movimentação dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, temiam que a autoridade coatora obstasse referido exercício quando se desse o trânsito em julgado das demandas em que buscavam a incidência de expurgos inflacionários sobre tais valores. 4. O Tribunal *a quo*, no caso *sub judice*, acertadamente, concluiu inexistir direito líquido e certo em referida impetração uma vez que o levantamento do saldos relativos ao FGTS fundado no trânsito em julgado de decisão judicial pendente, não se enquadraria no disposto no § 18, do art. 20, da Lei nº 8.036/90, que prevê as hipóteses de saques “nos casos de dispensa do trabalhador sem justa causa; na extinção da empresa; quando o trabalhador ficar fora do regime do FGTS por três anos ininterruptos; quando ocorrer extinção normal do contrato de trabalho; quando ocorrer suspensão do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias ou quando o trabalhador tiver idade de setenta anos ou mais” porquanto inócua qualquer hipótese ameaçadora de lesão a futuro direito. 5. O requisito do prequestionamento, porquanto indispensável, torna inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem. É que, como de sabença, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada”

(Súmula 282/STF). (Ausência de prequestionamento dos arts. 5º, § 2º, da Lei nº 8.906/96, 38, do CPC, 6º, §§ 1º e 2º, da LICC, 934, 1288 e 1295, § 1º, do Código Civil de 1916 e seus respectivos correspondentes ao Código Civil de 2002 (arts. 308, 653 e 661, § 1º) 6. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais quando os recorrentes limitaram a aduzir referida ofensa apontando supostas contradições no *decisum*, restando incontroverso que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido.’ (STJ PRIMEIRA TURMA DJE DATA: 04/11/2009 RESP 200601539703 RESP - RECURSO ESPECIAL - 872594 LUIZ FUX)

‘PROCESSUAL CIVIL. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA POR MEIO DE PROCURADOR ESPECIALMENTE CONSTITUÍDO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 18, DA LEI 8.036/90. NORMA DIRECIONADA AO ÓRGÃO GESTOR QUE NÃO VINCULA O PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTENSIVA DO DISPOSITIVO A SITUAÇÕES ANALOGAMENTE CONSIDERADAS ANTE O CASO CONCRETO. 1. *Na aplicação do art. 20, § 18, da Lei 8.036/90, o magistrado deverá pautar-se por uma interpretação teleológica de seu conteúdo normativo, levando em consideração tanto os fins a que se presta a sua subsunção, como a finalidade social ensejadora da criação e regulamentação do próprio Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).* 2. *Além de moléstia grave, outros empecilhos, físicos e/ou psíquicos, poderão igualmente gerar fortes obstáculos ao comparecimento pessoal do fundista ao local do saque, cabendo ao Judiciário a análise de tais casos, considerando-se que a norma em análise tem seu direcionamento especificamente voltado ao órgão gestor do fundo, vinculando sua atuação no sentido de garantir a segurança e a higidez das verbas públicas por ele administradas.* 3. *Recurso especial desprovido.*’ (STJ PRIMEIRA TURMA RESP 200502064563 RESP - RECURSO ESPECIAL - 803610 DENISE ARRUDA)

‘PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. BENEFICIÁRIO RESIDENTE FORA DO BRASIL. I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau. II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte. III - Afasto a alegação de que a decisão agravada caracteriza-se como extra petita uma vez que devidamente apreciados os pleitos constantes da petição inicial e a decisão de primeiro grau homologou a transação efetuada entre a CEF e a parte Autora, nos termos da LC 110/2001, sendo a expedição de ofício para saques em casos excepcionais como é o caso

dos autos uma decorrência das diferenças de correções relativas aos Planos Verão e Collor I. *IV - A Jurisprudência pacificou-se no sentido de que, em casos excepcionais é possível a movimentação da conta por procurador devidamente constituído. V - Agravo legal não provido.*' (TRF3 CJ1 DATA: 11/01/2012 AC 00087378620084036112 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1611615 DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO)

'ADMINISTRATIVO. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA. PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 20, § 18, DA LEI Nº 8.036/90. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. *I - É clara a disposição do artigo 20, § 18, da Lei nº 8.036/90, no sentido de que o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada do FGTS é indispensável no caso de "pagamento da retirada", ou seja, de saque do saldo existente na conta fundiária. II - O dispositivo em tela não traz qualquer vedação ao trabalho do despachante, devidamente autorizado por procuração, para a montagem do processo administrativo, incluindo o pedido de saque da conta vinculada do FGTS em nome do exclusivo do titular, em atenção ao regramento referido. III - Recurso especial improvido.*' (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 767046 Processo: 200501171871 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 17/08/2006 Documento: STJ000709770 FRANCISCO FALCÃO)

'FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - BENEFICIÁRIO RESIDENTE FORA DO BRASIL - LIBERAÇÃO DO SALDO DA CONTA VINCULADA DO FGTS PARA A SOGRA DO BENEFICIÁRIO PORTANDO PROCURAÇÃO REGISTRADA EM REPARTIÇÃO PÚBLICA - DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA - RECURSO DA CEF IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. (...) 2. O que se discute, no presente caso, é a possibilidade de liberação do saldo por procuração registrada em repartição pública, dispensando a presença pessoal do titular da conta, na medida em que, quanto a questão em si, se enquadra na hipótese prevista no artigo 20, inciso I da Lei nº 8.036/90. 3. Com o intuito de conferir ao artigo 20 da Lei 8.036/90 aplicação que esteja em consonância com a nobreza de propósitos com que a lei deve ser interpretada, há que ser deferido o pleito da autora, que demonstrou, através dos documentos trazidos aos autos, a veracidade de suas afirmações. 4. *Estando o titular da conta residindo no Japão, não se justifica o indeferimento do pedido, até porque agride o bom senso a exigência de ter ele que se deslocar para o Brasil, com o desgaste pessoal, financeiro e de tempo que despenderia, somente para poder efetuar o saque de sua conta vinculada.* 5. Recurso da CEF improvido. 6. Sentença mantida.' (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1165719 Processo: 200461000352208 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 04/06/2007 Documento: TRF300124287 JUÍZA RAMZA TARTUCE)

'PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. LEVANTAMENTO DE QUANTIA EXISTENTE EM CONTA VINCULADA AO FGTS. ART. 20, § 18, DA LEI Nº 8.036/90. TITULAR PRESO NO EXTERIOR. SAQUE DOS VALORES ATRAVÉS DE PROCURADOR CONSTITUÍDO PARA ESSE FIM. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI Nº 8.036/90. MP 2164-40/01.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Cuida-se de apelação cível alvejando sentença prolatada nos autos de demanda versando acerca de liberação de crédito existente na conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. - *Do que se infere da leitura dos autos, o autor, preso na Alemanha desde setembro de 2000, pleiteia o levantamento dos valores depositados em sua conta fundiária, através de Procurador constituído para esse fim, alegando que seu contrato com a VARIG S. A. - VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE foi rescindido em 01/12/2003, sem justa causa.* - Com efeito, de acordo com o disposto no § 18, do art. 20, da Lei nº 8.036/90, “é indispensável o comparecimento pessoal do titular da conta vinculada para o pagamento da retirada nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III, VIII, IX e X deste artigo, salvo em caso de grave moléstia comprovada por perícia médica, quando será paga a procurador especialmente constituído para esse fim”. - *Todavia, impende observar que, em hipóteses como a dos autos, afigura-se razoável adotar uma interpretação extensiva para o mencionado dispositivo legal, no sentido de possibilitar que o correntista localizado no exterior possa, excepcionalmente, efetuar o levantamento do saldo de sua conta através de procurador constituído para esse fim específico. (...)* (TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 379087 Processo: 200451010027340 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA ESPECIALIZADA Data da decisão: 07/11/2007 Documento: TRF200173999 Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA)

Diante do exposto, com base no artigo 557, do CPC, nego seguimento ao apelo da CEF e dou provimento ao recurso adesivo da autora, a fim de autorizar a movimentação da conta vinculada mediante alvará judicial, tendo em vista a recusa da CEF de fazê-lo por meio de procurador regularmente constituído. (...)

Assevero que a recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA
0004267-44.2010.4.03.0000
(2010.03.00.004267-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 207/208
Ré: DEIZI MAGALI DOS SANTOS SOARES
Codinome: DEIZI MAGALI SOARES DOS SANTOS
Representante: JOSÉ CÍCERO DOS SANTOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ROSANA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AR 7288
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RÉ PORTADORA DE DISTÚRBIO MENTAL. NULIDADE DA CITAÇÃO EFETIVADA EM SEU NOME.

1. A ré, reconhecidamente incapaz pelo Poder Público, não poderia ser citada pessoalmente ou, mesmo, prestar esclarecimentos sobre o paradeiro de seu representante.
2. Havendo representante legal nomeado nos autos, a este deve ser dirigida a citação, nos termos do artigo 215 do CPC, tendo em vista justificada dúvida acerca da separação mencionada pela ré, somada a inexistência de elementos outros a confirmar o afastamento do marido do *munus* de curador, bem como a comprovar alteração de seu estado de saúde.
3. Agravo desprovido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de março de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de agravo interposto pelo INSS em face da decisão de fls. 207/208, que deferiu parcialmente a tutela antecipada e reconheceu a nulidade da citação efetivada na pessoa da ré, com consequente determinação de fornecimento, pela autarquia, do endereço atualizado do marido, para regular citação nos termos do artigo 215 do Código de Processo Civil.

Sustenta, em síntese, não restar eivada de vícios a citação efetivada na pessoa da ré, uma porque o oficial de justiça não anotou a impossibilidade da ré em recebê-la, nos termos do artigo 218, § 1º, do CPC; duas porque se encontrava separada do marido, na época seu representante legal, a reclamar, se o caso, a designação de curador especial.

Nesse ponto, a decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“(...) No mais, verifica-se que a citação efetivada na pessoa da ré, quando esta fora representada por seu cônjuge na ação originária, revela-se nula, tal como arguido pela Defensoria Pública da União. De fato, não há nestes autos, prova de que houve alteração do estado de incapacidade da ré.

Assim, a citação deve ser feita na pessoa de seu representante legal. A tanto, forneça o autor, em 10 (dez) dias, o endereço atualizado do marido da ré, para sua regular citação nos termos do artigo 215 do Código de Processo Civil.

Intimem-se.”

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): A Defensoria Pública da União, convocada a atuar nos autos como curadora especial, suscitou a nulidade da citação, que foi acolhida.

De fato, consoante disposto no artigo 9º do CPC e no artigo 4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/94, a Defensoria Pública somente atuará, em defesa dos interesses de incapazes, na ausência de representante legal.

No caso, consta, desde a inicial da ação subjacente e desta rescisória, que a autora, ora ré, encontra-se representada por seu marido.

Malgrado essa condição, promoveu-se a citação diretamente em nome da ré, conforme certidão do oficial de justiça que segue:

“... CITEI Deize Magali dos Santos Soares, a qual após ouvir a leitura do mandado e do inteiro teor das cópias da inicial e da r. decisão exarada, exarou a sua nota de ciência e aceitou a contrafé que lhe ofereci.

A Sra. Deize me informou que está separada do Sr. José Cícero há mais de cinco meses e que o mesmo deve estar vivendo em Loanda - PR, porém ela não tem seu endereço correto.”

A ré, comprovadamente acometida de distúrbio mental (esquizofrenia), conforme perícia judicial realizada na ação subjacente, não tem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e, por conseguinte, receber citação ou, mesmo, prestar esclarecimentos sobre o paradeiro de seu representante.

Assim, tendo em vista justificada dúvida acerca da separação, somada a inexistência de elementos outros a confirmar o afastamento do marido do *munus* de curador, bem como a comprovar alteração no estado de saúde da ré, devida a citação na forma preconizada na decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento a este Agravo.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0013204-43.2010.4.03.0000
(2010.03.00.013204-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 65/67
Interessada: CARLA REGINA DOS SANTOS BORGES JACINTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AI 405192
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/03/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. RECONHECIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL PARA A CONCESSÃO DO SEGURO-DESEMPREGO. POSSIBILIDADE.

1. A decisão em face da qual se insurge a parte agravante fundamentou-se em jurisprudência dominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como desta Egrégia Corte Regional, o que autoriza a aplicação do artigo 557 do CPC.
2. Não prospera a alegação de ausência de direito líquido e certo, ante a presença de prova pré-constituída.
3. A arbitragem está disciplinada na Lei nº 9.307/96, cujo art. 31 dispõe, expressamente, que as sentenças arbitrais produzem os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário. Precedentes.
4. Dessa forma, constata-se que não há justificativa plausível a impedir o pagamento do seguro-desemprego devido à parte impetrante.
5. Matéria preliminar rejeitada. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela União Federal, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento por ela interposto, para manter a decisão proferida pelo MD. Juízo *a quo* que concedeu a medida liminar no sentido do reconhecimento e cumprimento da sentença arbitral que assegurou o direito ao recebimento do seguro-desemprego.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a sentença arbitral não pode ser admitida no âmbito do direito individual do trabalho, por se tratar de direito indisponível.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela União Federal, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento por ela interposto, para manter a decisão proferida pelo MD. Juízo *a quo*, que concedeu a medida liminar no sentido de determinar o reconhecimento e o cumprimento da sentença arbitral que assegurou o direito ao recebimento do seguro-desemprego.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, preliminarmente, a inaplicabilidade do artigo 557 do CPC, a inviabilidade da concessão da medida liminar, a inexistência de fundado receio de dano irreparável e a ausência de direito líquido e certo. No mérito, aduz que a sentença arbitral não pode ser admitida no âmbito do direito individual do trabalho, por se tratar de direito indisponível.

Passo a decidir.

Preliminarmente, afastado a alegação referente ao não cabimento de julgamento por decisão monocrática no presente caso, posto que a decisão em face da qual se insurge a parte agravante fundamentou-se em jurisprudência dominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como desta Egrégia Corte Regional.

No que se refere à impossibilidade de concessão de medida liminar em virtude do esgotamento do objeto da ação (cunho satisfativo), entendo que presentes os requisitos legais, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o julgador não pode se furtar à concessão da liminar, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, salvo na hipótese do parágrafo 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, que expressamente veda a concessão de medida liminar para aumento, extensão de vantagens ou pagamento à servidores públicos, o que não se enquadra no caso dos autos.

No mais, o mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão da parte impetrante impõe a análise do mérito.

Neste passo, a r. decisão agravada amparou-se no seguinte entendimento:

“Para fazer jus à percepção do seguro-desemprego, a requerente deve cumprir os requisitos elencados no art. 3º, da Lei nº 7.998/90, que ora transcrevo:

‘Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:

I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa;

II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônoma, durante pelo menos 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses;

III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973;

IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e

V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.’

No caso, consta da sentença arbitral, prolatada pelo Centro de Mediação e Arbitragem do Estado de São Paulo, que a agravada trabalhou para a empresa GK Produtos Térmicos e Hospitalares Ltda., no período de 01/02/2005 a 01/03/2010, tendo sido, ao final, dispensada sem justa causa e sem cumprimento do aviso prévio (f. 30).

O acordo entre as partes, arbitralmente, homologado, determinou, entre outras disposições, que a empresa demandada procederia à liberação da verba depositada no FGTS, bem como ao CD seguro-desemprego, para que a vindicante pudesse receber tais valores, junto às entidades competentes (fs. 30/32). Preenchidos, assim, os requisitos legais.

De outra monta, a arbitragem está disciplinada na Lei nº 9.307/96, cujo art. 31 dispõe, expressamente, que as sentenças arbitrais produzem os mesmos efeitos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Verifico, ademais, que se trata de matéria já pacificada, tanto no C. STJ, como nesta Corte. Confirmam-se, a respeito, os seguintes julgados:

‘ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LEVANTAMENTO DO FGTS - SENTENÇA ARBITRAL.

(...)

2. Aceita pela Justiça do Trabalho a chancela por sentença arbitral da rescisão de um pacto laboral, não cabe à CEF perquirir da legalidade ou não da rescisão.

3. Validade da sentença arbitral como sentença judicial.

4. Recurso especial improvido.’

(STJ, Resp nº 860549, Min. Eliana Calmon, j. 21.11.2006, v. u., DJ 06.12.2006, p. 250).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - FGTS - VALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7 DO STJ - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO.

Não merece reparo o entendimento esposado na decisão agravada, pois é firme o

entendimento deste Sodalício no sentido da possibilidade de liberação do saldo da conta vinculada ao FGTS ao empregado que teve sua dispensa sem justa causa homologada por sentença arbitral.

(...)

Agravo regimental improvido.’

(STJ, AgResp nº 706913, rel. Min. Franciulli Neto, j. 04.08.2005, v. u., DJ 10.11.2006, p. 256).

‘PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A REMESSA OFICIAL, NOS TERMOS DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. No caso, a decisão agravada negou seguimento a remessa oficial, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, em conformidade com o entendimento pacificado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há em nosso ordenamento jurídico qualquer artigo de lei que impeça o reconhecimento da sentença arbitral para fins de levantamento dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS, na medida em que seus efeitos foram equiparados aos da sentença judicial (AGRESP nº 695143/BA, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 12/12/2005, RESP nº 777906/BA, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 14/11/2005, REsp nº 707043/BA, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 04/04/2005).

3. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.

4. Recurso improvido.’

(TRF-3ª Região, ReoMS nº 242189, rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 29.03.2010, v. u., DJF3 15.04.2010, p. 802).

É certo que os direitos trabalhistas individuais são indisponíveis. Contudo, mencionado princípio tem por escopo proteger os trabalhadores, que são, via de regra, hipossuficientes em relação aos empregadores. Não se pode interpretar tal regra em sentido contrário, em nítida afronta ao espírito da lei, para impedir que a parte mais fraca da relação laboral tenha acesso a seus direitos.

O mesmo vale no que tange ao art. 477, § 1º, da CLT, que exige a assistência do sindicato da categoria do empregado ou de órgão do Ministério do Trabalho, na rescisão contratual de trabalho.

Este, o entendimento do C. STJ e desta Corte:

‘FGTS. SENTENÇA ARBITRAL. HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. VALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 82 DO STJ. APLICABILIDADE.

1. “Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS.” Súmula nº 82 do STJ.

2. Em caso de levantamento de valores de conta vinculada do FGTS em razão de despedida imotivada do trabalhador, a sentença arbitral é plenamente válida e não viola o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

3. Recurso especial provido.’

(STJ, Resp nº 867961, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.12.2006, v. u., DJ 07.02.2007, p. 287).

‘DIREITO TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. FGTS. SAQUE DOS DEPÓSITOS. DESPEDIDA IMOTIVADA. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do gerente da CEF que não autorizou o levantamento dos valores da conta vinculada do FGTS em razão da natureza arbitral da sentença que solucionou litígio trabalhista. Concessão da segurança em primeiro grau. Acórdão dando provimento à apelação da CEF por entender que a arbitragem não pode ser utilizada quando a matéria versa sobre dissídios individuais trabalhistas, haja vista que os direitos assegurados aos trabalhadores são indisponíveis. Irresignado, o particular interpôs recurso especial alegando violação do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas deve ser interpretada no sentido de proteger o empregado na relação trabalhista e não de prejudicá-lo. Havendo rescisão contratual sem justa causa, é cabível o levantamento dos depósitos do FGTS, ainda que a sentença tenha natureza arbitral. Nulidade inexistente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

3. O art. 477, § 1º, da CLT, o qual exige a assistência do sindicato da categoria do empregado ou de órgão do Ministério do Trabalho na rescisão contratual de trabalho, é regra que visa a proteger o lado presumidamente mais fraco da relação jurídica laboral, qual seja, o trabalhador e sua classe. Não pode a mencionada norma ser invocada em prejuízo do obreiro.

4. Recurso especial provido.’

(STJ, Resp nº 777906, rel. Min. José Delgado, j. 18.10.2005, v. u., DJ 14.11.2005, p. 228).

‘PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, CPC - FGTS - JUÍZO ARBITRAL - LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. RECUSA DA CEF EM RECONHECER SENTENÇAS ARBITRAIS.- FGTS. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA VINCULADA - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - LEI Nº 8036/90 - POSSIBILIDADE.

(...)

Pretendendo o impetrante o reconhecimento das suas sentenças arbitrais, conclui-se que ele está pleiteando direito próprio em nome próprio, possuindo, conseqüentemente, legitimidade ativa. Precedentes desta E. 2ª Turma.

II - A despedida sem justa causa é uma das hipóteses que autorizam a movimentação da conta vinculada ao FGTS (art. 20, I, da Lei nº 8.036/90). Assim, como a chancela da rescisão contratual laboral por sentença arbitral produz, nos termos legais, os mesmos efeitos da chancela dada por uma sentença judicial.

III - Em caso de levantamento de valores de conta vinculada do FGTS em razão de despedida imotivada do trabalhador, a sentença arbitral que a atesta é plenamente válida e não viola o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Precedentes do STJ e desta 2ª Turma.

IV - Agravo improvido.’

(TRF-3ª Região, AMS nº 293219, rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 09.03.2010, v. u., DJF3 18.03.2010, p. 285).

Dessa forma, constato que não há justificativa plausível a impedir o pagamento do seguro-desemprego devido à impetrante. A título exemplificativo, vale destacar que

não houve qualquer empeco ao levantamento dos valores do FGTS, conforme se infere do recibo acostado aos autos (f. 40), situação muito semelhante à que se discute no presente agravo.

Afigura-se, assim, que o recurso encontra-se em confronto com posicionamento consagrado, cabendo, na espécie, negar seguimento ao agravo de instrumento, conforme o disposto no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.”

Tendo sido exaustivamente fundamentada a decisão agravada, no tocante às razões de inconformismo levantadas pela parte agravante, desnecessária será a repetição desses argumentos.

Ante o exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento ao agravo.*

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL
0046248-29.2010.4.03.9999
(2010.03.99.046248-4)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 116/123
Interessado: IVÃ LUCAS AUGUSTO DE MORAES (incapaz)
Representante: MARIA APARECIDA AUGUSTO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE REGISTRO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1579379
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/03/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. REGISTRO NA CTPS DA DATA DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE REGISTROS DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO NO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA COMPLEMENTAR PARA COMPROVAR A CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITO INFRINGENTE.

1. O art. 15 da Lei 8.213/91 estabelece condições para que o segurado mantenha a qualidade, chamado de “período de graça”, no qual há a extensão da cobertura previdenciária, independentemente do recolhimento de contribuições.
2. Para se beneficiar do acréscimo previsto no § 2º da Lei 8.213/91, que acrescenta 12 (doze) meses ao período de graça, é indispensável que o segurado comprove sua situação de desemprego perante órgão próprio.
3. O registro da situação de desemprego que a lei determina é aquele feito para fins de requerimento do benefício de seguro-desemprego (Lei 8.900/94), no Serviço Nacional de Empregos do Ministério do Trabalho e Emprego (SINE).
4. O registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido por outros elementos de provas constantes dos autos. Todavia, a simples anotação da rescisão do contrato de trabalho na CTPS, por si só, não é suficiente para suprir a exigência legal. (3ª SEÇÃO do STJ, INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO - Pet 7115/PR, Relator Ministro Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/04/2010, RSTJ vol. 219, p. 494).
5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar provimento ao agravo legal, conseqüentemente, negar provimento à apelação da parte autora e julgar improcedente o pedido de pensão por morte.

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, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de março de 2012.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de embargos de declaração opostos pela autarquia previdenciária em face de v. acórdão de fls. 116/123, que manteve a r. decisão monocrática proferida às fls. 92/96 que, com base no art. 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à apelação da parte autora, para conceder o benefício de pensão por morte.

Alega a embargante, em síntese, que o v. acórdão embargado incorreu em omissão e obscuridade, pois o *de cujus* não possuía, quando do evento morte, a condição de segurado.

Apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Conheço dos embargos de declaração, haja vista que tempestivos.

Postula o autor, Ivã Lucas Augusto de Moraes, representado por sua genitora, Maria Aparecida Augusto, a concessão do benefício de pensão por morte previsto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91, na condição de filho do *de cujus*, com óbito ocorrido em 20/10/1994.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, fundamentando na perda da qualidade de de segurado do falecido (fls. 51/52).

Em razões recursais, a parte autora sustenta, em síntese, que restou comprovada a qualidade de segurado do *de cujus* em razão da prorrogação do seu período de graça em virtude da sua situação fática de desemprego.

Em seu parecer de fls. 85/90, o ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso de apelação.

A decisão monocrática de fls. fls. 92/96 deu parcial provimento à apelação da parte autora para conceder o benefício de pensão por morte.

O INSS, então, interpôs agravo legal, pleiteando a reforma da decisão, sustentando perda da qualidade de segurado.

O agravo legal foi desprovido à unanimidade, restando mantida a decisão agravada.

Nestes embargos de declaração, sustenta o INSS que a sentença de improcedência deve ser mantida, uma vez que não restou comprovada nos autos a qualidade de segurado do falecido.

Com razão o embargante.

Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito; comprovação da qualidade de segurado do “*de cujus*”, ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria (artigos 15 e 102 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97; Lei nº 10.666/03).

O óbito de Gilmar de Moraes, ocorrido em 20/10/1994, restou devidamente comprovado por meio da cópia da certidão de óbito de fl. 32.

Não há controvérsia acerca da dependência econômica da parte autora, uma vez que restou comprovada condição de filho menor, na data do óbito (fls. 24 e 26), sendo a sua dependência econômica presumida, nos termos do art. 16, I e § 4º da Lei nº 8.213/91.

A questão controvertida é saber se o falecido mantinha ou não a qualidade de segurado, eis que o óbito ocorreu em 20/10/1994, e vínculo empregatício foi cessado em 15/07/1993.

Com efeito, verifica-se que o *de cujus* exerceu atividade urbana como empregado, conforme extratos do CNIS e a Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, de 01/06/1980 a 31/07/1981, 04/11/1981 a 15/03/1982, 01/11/1982 a 19/02/1982, 01/02/1984 a 04/1984, 01/04/1985 a 06/08/1985, 02/06/1986 a 31/08/1987 e de 08/07/1993 a 15/07/1993 (fls. 21/31).

Anoto que a qualidade de segurado indica a existência de vínculo entre o trabalhador e a Previdência Social, cabendo ao *art. 15 da Lei 8.213/91* estabelecer condições para que trabalhador mantenha tal qualidade no chamado *período de graça*, no qual há a extensão da cobertura previdenciária, independentemente do recolhimento de contribuições, *in verbis*:

“Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o *segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.*

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.”

Para se beneficiar do acréscimo previsto no § 2º do citado dispositivo, que acrescenta 12 (doze) meses ao mencionado período, o segurado deve comprovar sua situação de desemprego perante órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

O registro da situação de desemprego que a lei determina é aquele feito para fins de requerimento do benefício de seguro-desemprego (Lei 8.900/94), no Serviço Nacional de Empregos do Ministério do Trabalho e Emprego (SINE).

É certo, que o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido por outros elementos de provas constantes dos autos. Todavia, a simples anotação da rescisão do contrato de trabalho na CTPS, por si só, não é suficiente para suprir a exigência legal, conforme decidiu a TERCEIRA SEÇÃO do STJ, no julgamento do INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO - Pet 7115/PR, em 10/03/2010, de relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/04/2010, RSTJ vol. 219, p. 494:

“PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15 DA LEI 8.213/91. CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. DISPENSA DO REGISTRO PERANTE O MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL QUANDO FOR COMPROVADA A SITUAÇÃO DE DESEMPREGO POR OUTRAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. O REGISTRO NA CTPS DA DATA DA SAÍDA DO REQUERIDO NO EMPREGO E A AUSÊNCIA DE REGISTROS POSTERIORES NÃO SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR A CONDIÇÃO DE DESEMPREGADO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO INSS PROVIDO.

1. O art. 15 da Lei 8.213/91 elenca as hipóteses em que há a prorrogação da qualidade de segurado, independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias.
2. No que diz respeito à hipótese sob análise, em que o requerido alega ter deixado de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, incide a disposição do inciso II e dos §§ 1º e 2º do citado art. 15 de que é mantida a qualidade de segurado nos 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, podendo ser prorrogado por mais 12 (doze) meses se comprovada a situação por meio de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.
3. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, esse dispositivo deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado que, por esse motivo, encontra-se impossibilitado de contribuir para a Previdência Social.
4. Dessa forma, esse registro não deve ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado, especialmente considerando que, em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, o registro perante o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá ser suprido quando for comprovada tal situação por outras provas constantes dos autos, inclusive a testemunhal.
5. No presente caso, o Tribunal *a quo* considerou mantida a condição de segurado do requerido em face da situação de desemprego apenas com base no registro na CTPS da data de sua saída no emprego, bem como na ausência de registros posteriores.
6. A ausência de anotação laboral na CTPS do requerido não é suficiente para comprovar a sua situação de desemprego, já que não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.
7. Dessa forma, não tendo o requerido produzido nos autos prova da sua condição de desempregado, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da

qualidade de segurado e julgou procedente o pedido; sem prejuízo, contudo, da promoção de outra ação em que se enseje a produção de prova adequada.

8. Incidente de Uniformização do INSS provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.”

Na hipótese dos autos, o período de graça previsto na Lei 8.213/91 cessou em 15/07/1994, tendo em vista que o falecido não contribuiu com mais de 120 contribuições sem interrupção que ocasionasse a perda da qualidade de segurado, bem como pelo fato de não haver elementos indicativos da situação de desemprego, pois o só fato de constar a rescisão do contrato de experiência na CTPS do *de cujus*, não faz presumir a manutenção da qualidade de segurado.

Portanto, a perda da qualidade de segurada ocorreu em 15/07/1994, nos termos do art. 15, II, da Lei 8.213/91 e, na data do óbito (20/10/1994), já não tinha direito a nenhuma cobertura previdenciária e seus dependentes, por conseqüência, também não.

Some-se que as demais provas carreadas nos autos não indicam que tenha o falecido deixado de contribuir em por não ter mais condições de saúde para exercer atividades laborativas.

Outrossim, não restou comprovado o preenchimento de requisitos que assegurassem direito a aposentadoria, situação em que a perda da qualidade de segurado não impediria a concessão do benefício de pensão por morte, consoante o disposto no § 2º do artigo 102 da Lei nº 8.213/91.

Assim, não tendo sido comprovado nos autos a qualidade de segurado do *de cujus*, merece reforma o acórdão recorrido que afastou a perda da qualidade de segurado e manteve a decisão monocrática que julgou procedente o pedido inicial.

Diante do exposto, ACOELHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO INSS, com efeitos modificativos, para dar provimento ao agravo e, por conseqüência, negar provimento à apelação do autor e, manter a sentença de improcedência do pedido, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

- Sobre os meios hábeis para o registro da situação de desemprego exigida para a concessão do benefício do acréscimo de doze meses ao período de graça do segurado, veja também o seguinte julgado: ApelReex 0014738-45.2007.4.03.6105/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Marisa Cuccio, publicada na RTRF3R 105/746.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0016588-77.2011.4.03.0000
(2011.03.00.016588-4)

Agravante: RAIMUNDO ANGELUCCI (= ou > de 60 anos)
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Partes Rés: ANGELUCCI TRANSPORTES E TERRAPLENAGEM LTDA. E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AI 442067
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/03/2012

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O REDIRECIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - LEGITIMIDADE PASSIVA - ART. 135, III, CTN - PODERES DE GESTÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - ÔNUS DO EXECUTADO - PRESCRIÇÃO MATERIAL - ART. 174, CTN - DATA DO VENCIMENTO - PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL - SÚMULA 106/STJ - OCORRÊNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A primeira seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos a contar da data da citação da pessoa jurídica executada (AERESP 761488, Primeira Seção, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, DJE 7/12/2009; RESP 1100777, Segunda Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJE 4/5/2009; RESP 1090958, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, DJE 17/12/2008; AGA 406313, Segunda Turma, Ministro Relator Humberto Martins, DJ 21/2/2008, p. 45; e AGRESP 966221, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, DJE 13/11/2008), de modo a não configurar a prescrição intercorrente.

2. Esta Turma vem aplicando o mesmo entendimento, caso esteja também caracterizada a desídia da exequente (AI 200703000810877, Desembargador Federal Relator Carlos Muta, DJF3 CJ1 12/1/2010). De outro modo não poderia ser porque a prescrição é intercorrente, flagrada num processo judicial já instaurado pelo exequente, que não pode, porém, deixar de diligenciar em busca da solução do processo, promovendo atos próprios de execução.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou dessa forma também (AgRg no REsp 1106281, Primeira Turma, Ministro Relator Francisco Falcão, DJe 28/05/2009).

4. Na hipótese, a execução foi proposta em 13/12/2002 (fl. 20) e a pessoa jurídica executada sequer foi localizada para citação, conforme certidão do Oficial de Justiça (fl. 36), ocorrendo o pedido de redirecionamento, quanto ao ora recorrente, em 22/2/2007 (fl. 55/57). Desta forma, sequer decorreu o quinquênio prescricional, de modo que resta afasta a alegada prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal.

5. Quanto à alegada ilegitimidade passiva, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.

6. Os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes.
7. Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.
8. Na hipótese dos autos, a empresa não foi localizada no endereço cadastrado como endereço fiscal (fl. 36), conforme certidão do Oficial de Justiça, inferindo-se sua dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ. Desta forma, cabível a responsabilização do sócio, nos termos do art. 135, III, CTN, tendo em vista a ocorrência da dissolução irregular.
9. Não restou comprovado, nos autos, que o recorrente não detinha poderes de gerência.
10. Reconhecida, portanto, sua legitimidade para compor o polo passivo da execução fiscal, com fundamento no art. 135, III, CTN, aprecia-se a alegada prescrição material do crédito exequendo.
11. Executa-se tributo sujeito à lançamento por homologação, cuja constituição do crédito se dá com a entrega da DCTF. Constituído o crédito tributário, e não pago, torna-se perfeitamente exigível a partir da data do vencimento. Aplica-se, então, o previsto no art. 174, *caput*, CTN, ou seja, inicia-se a contagem do prazo prescricional.
12. A Terceira Turma tem admitido a possibilidade de adoção da data do vencimento do tributo como termo *a quo*, na hipótese de ausência da informação da data da entrega da DCTF, como no caso em comento.
13. Os vencimentos dos tributos ocorreram em: 7/2/1997; 10/3/1997; 10/4/1997; 9/5/1997; 10/6/1997; 10/7/1997; 8/8/1997; 10/9/1997; 10/10/1997; 10/11/1997; 10/12/1997; 9/1/1998, conforme CDA acostada (fls. 22/30).
14. A jurisprudência da Terceira Turma também se firmou no sentido de que, proposta a execução fiscal - na hipótese 13/12/2002 (fl. 20) - antes da vigência da LC nº 118/2005, basta a incidência do disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional.
15. Prescritos os créditos, exceto o correspondente ao tributo, cujo vencimento ocorreu em 9/1/1998.
16. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade, na qual se alegou a prescrição intercorrente para fins de redirecionamento da execução fiscal, bem como a nulidade da citação.

Alega o agravante, beneficiário da Justiça Gratuita, que os créditos em questão, constituídos através da DCTF, considerados declarados em 3/5/1997; 3/8/1997; 3/11/1997 e 3/2/1998 (tendo em vista que a entrega da DCTF é trimestral, com prazo de apresentação até o 3º dia útil do mês subsequente ao encerramento do trimestre), estão prescritos, porquanto a execução foi proposta em “6/2/2003” e o despacho citatório foi exarado em 14/2/2003.

Sustenta que a citação da pessoa jurídica não tem o condão de interromper o prazo prescricional em relação ao agravante, posto que seu nome não consta do título executivo. Afirma que não detém poderes de gerência.

Assevera que não observado o devido processo legal, quanto ao redirecionamento da execução fiscal, na medida em que fundamentado na dissolução irregular da empresa executada. Ressalta que o art. 13, Lei nº 8.620/93 foi revogado. Ressalta a Súmula 392/STJ.

Acrescenta que prescrito o direito da exequente, quanto ao redirecionamento, pois o recorrente foi citado somente em 27/1/2009.

Requer o provimento do agravo, para a extinção da execução fiscal, tendo em vista a prescrição do crédito tributário e, alternativamente, a declaração da extinção do crédito em relação ao agravante, excluindo-o do polo passivo.

Requer a imediata liberação dos valores bloqueados.

Sem pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal, processou-se o recurso.

A agravada apresentou contraminuta, alegando a dissolução irregular da empresa executada e a co-responsabilidade do agravante pelo débito, nos termos do art. 4º, V, § 2º, Lei nº 6.830/80 e art. 135, III, CTN, bem como art. 50, 1.052 e 1.080, todos do CC.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): A primeira seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos a contar da data da citação da pessoa jurídica executada (AERESP 761488, Primeira Seção, Ministro Relator Hamilton Carvalhido, DJE 7/12/2009; RESP 1100777, Segunda Turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJE 4/5/2009; RESP 1090958, Segunda Turma, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, DJE 17/12/2008; AGA 406313, Segunda Turma, Ministro Relator Humberto Martins, DJ 21/2/2008, p. 45; e AGRESP 966221, Primeira Turma, Ministro Relator Luiz Fux, DJE 13/11/2008), de modo a não configurar a prescrição intercorrente.

Esta Turma vem aplicando o mesmo entendimento, caso esteja também caracterizada a desídia da exequente (AI 200703000810877, Desembargador Federal Relator Car-

los Muta, DJF3 CJ1 12/1/2010). De outro modo não poderia ser porque a prescrição é intercorrente, flagrada num processo judicial já instaurado pelo exequente, que não pode, porém, deixar de diligenciar em busca da solução do processo, promovendo atos próprios de execução.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou dessa forma também (AgRg no REsp 1106281, Primeira Turma, Ministro Relator Francisco Falcão, DJe 28/05/2009).

Na hipótese, a execução foi proposta em 13/12/2002 (fl. 20) e a pessoa jurídica executada sequer foi localizada para citação, conforme certidão do Oficial de Justiça (fl. 36), ocorrendo o pedido de redirecionamento, quanto ao ora recorrente, em 22/2/2007 (fl. 55/57).

Desta forma, sequer decorreu o quinquênio prescricional, de modo que resta afastada a alegada prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no polo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.

Os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes.

Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.

Na hipótese dos autos, a empresa não foi localizada no endereço cadastrado como endereço fiscal (fl. 36), conforme certidão do Oficial de Justiça, inferindo-se sua dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ.

Desta forma, cabível a responsabilização do sócio, nos termos do art. 135, III, CTN, tendo em vista a ocorrência da dissolução irregular.

Cumprido ressaltar que não restou comprovado, nos autos, que o recorrente não detinha poderes de gerência.

Reconhecida, portanto, sua legitimidade para compor o polo passivo da execução fiscal, com fundamento no art. 135, III, CTN, passo a apreciar a alegada prescrição material do crédito exequendo.

Executa-se tributo sujeito à lançamento por homologação, cuja constituição do crédito se dá com a entrega da DCTF.

Constituído o crédito tributário, e não pago, torna-se perfeitamente exigível a partir da data do vencimento. Aplica-se, então, o previsto no art. 174, *caput*, CTN, ou seja, inicia-se a contagem do prazo prescricional.

A Terceira Turma tem admitido a possibilidade de adoção da data do vencimento do tributo como termo *a quo*, na hipótese de ausência da informação da data da entrega da DCTF, como no caso em comento.

Saliente que não se adotará as datas indicadas pelo agravante, na medida em que não comprovadas e tendo em vista que os créditos em comento originaram-se de uma única declaração (970823451067) e não 4 como alega o recorrente.

Os vencimentos dos tributos ocorreram em: 7/2/1997; 10/3/1997; 10/4/1997; 9/5/1997; 10/6/1997; 10/7/1997; 8/8/1997; 10/9/1997; 10/10/1997; 10/11/1997; 10/12/1997; 9/1/1998, conforme CDA acostada (fls. 22/30).

A jurisprudência da Terceira Turma também se firmou no sentido de que, proposta a execução fiscal - na hipótese 13/12/2002 (fl. 20) - antes da vigência da LC nº 118/2005, basta a incidência do disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 219, § 5º, CPC. PRESCRIÇÃO MATERIAL DA EXECUÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. OCORRÊNCIA EM PARTE. EXTINÇÃO DOS DÉBITOS ATINGIDOS PELA prescrição. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PELO SALDO NÃO PRESCRITO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI Nº 6.830/1980, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.051/2004. PARALISAÇÃO DO FEITO POR PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. 1. Apreciação da prescrição da execução, de ofício, com fundamento no art. 219, § 5º, CPC. 2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração ao Fisco, de maneira que a quantia devida passa a ser exigível a partir do vencimento previsto na própria declaração, devendo ser promovida, portanto, a execução fiscal nos cinco anos subseqüentes, sob pena de prescrição. 3. No caso em apreço, não foi acostada aos autos a DCTF, de modo que a data do vencimento do débito deve ser adotada como termo a quo para a contagem do prazo prescricional para ajuizamento da execução fiscal, conforme entendimento desta Turma. 4. Em se tratando de execução ajuizada anteriormente à Lei Complementar nº 118/2005, o termo final para a contagem do prazo prescricional deve ser a data do ajuizamento da execução fiscal, conforme entendimento desta Terceira Turma, segundo o qual é suficiente a propositura da ação para interrupção do prazo prescricional. Exegese da Súmula 106/STJ. 5. Transcorrido o prazo de cinco anos entre o vencimento de parte do débito e a propositura da execução fiscal, estão prescritos os débitos em questão, sendo de rigor, sua extinção. 6. Possível o prosseguimento da execução fiscal pelo valor residual do débito executado, não prescrito, não desprovido de liquidez, vez que dotado de valores autônomos, específicos. 7. Hipótese de mero excesso de execução, em que é possível excluir ou destacar do título executivo o que excedente (débitos prescritos) através de mero cálculo aritmético. 8. Análise da prescrição intercorrente da parte do débito não atingida pela prescrição material. 9. A matéria em discussão já foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento a favor da aplicação imediata da Lei nº 11.051/2004, a qual passou a autorizar a decretação de ofício da prescrição nas execuções fiscais, desde que ouvida previamente a Fazenda Nacional. 10. O prazo prescricional do tributo em discussão é de cinco anos, pois o art. 40 da Lei de Execuções Fiscais deve ser interpretado em harmonia com o art. 174 do Código Tributário Nacional, haja vista a natureza

de lei complementar atribuída a este, que deve prevalecer sobre aquele. 11. No presente caso, o quinquênio prescricional decorreu integralmente, em razão de o feito ter permanecido paralisado por mais de cinco anos, contados da ciência da decisão que determinou o arquivamento, sem que houvesse qualquer providência efetiva da exequente no sentido da retomada da execução fiscal. 12. Aplicação mesmo quando houver arquivamento fundado no valor reduzido ou irrisório da ação executiva, nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, ante o princípio fundamental que veda a extensão do prazo de prescrição por tempo indeterminado. 13. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. 14. Apelação da União a que se nega provimento.” (TRF 3ª Região, AC 200061050041540, Relator Márcio Moraes, Terceira Turma, DJF3 CJ1 DATA: 17/11/2009).

“TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PRESCRIÇÃO. 1. Conforme entendimento pacífico desta Sexta Turma e do STJ, o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, declarados e não pagos, inicia-se a partir do vencimento. A citação, por sua vez, interrompe o fluxo do prazo que, contudo, retroage ao ajuizamento, nos termos da Súmula 106 do STJ. 2. A suspensão do fluxo do prazo prescricional com a inscrição na Dívida Ativa tem aplicabilidade restrita aos créditos não tributários. Jurisprudência pacífica do C. STJ. 3. Não ocorre prescrição da pretensão executiva, se ausente período superior a cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e o ajuizamento da execução.” (TRF 3ª Região, AC 200061140100971, Relator Mairan Maia, Sexta Turma, DJF3 CJ1 DATA: 04/09/2009).

Assim, prescritos os créditos, *exceto* o correspondente ao tributo, cujo vencimento ocorreu em 9/1/1998.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

- Sobre o prazo para o redirecionamento da execução contra sócio ser de cinco anos a contar da data da citação da pessoa jurídica, veja também o seguinte julgado: AC 2001.03.99.041046-0/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, publicada na RTRF3R 96/209.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0017057-26.2011.4.03.0000
(2011.03.00.017057-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravados: TABUA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., ALFREDO JOSE DE SOUZA E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AI 442530
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2012

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA “ON LINE” DE ATIVOS FINANCEIROS. LEI Nº 11.382/2006.

- O E. STJ, na sessão de 15 de setembro de 2010, julgando o REsp nº 1.112.943/MA, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução/STJ nº 8/2008 (recursos repetitivos), ratificou posicionamento de que, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud prescinde do esgotamento de diligências para a localização de outros bens passíveis de penhora.

- Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de março de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) contra a r. decisão (fls. 186/187) que, em autos de execução fiscal, indeferiu o pedido de penhora “on line” dos saldos existentes nas contas correntes e/ou aplicações financeiras em nome da executada TABUA COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. E OUTROS por meio do Sistema BACENJUD.

Requer a penhora “on line” dos ativos financeiros dos executados tendo em vista as novas regras introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/06, as quais prevêem que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro em espécie, depósito ou aplicação em instituição financeira (art. 655, I), figurando como o primeiro bem na ordem da garantia do juízo do executivo.

Formulado pedido de efeito suspensivo, o mesmo foi deferido às fls. 198/203.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Versa o presente recurso matéria atinente à possibilidade de realização de bloqueio “on-line” nos ativos financeiros dos executados.

A juíza de primeiro grau indeferiu o pleito formulado pelo agravante por entender necessário o exaurimento de diligências para localização de bens passíveis de penhora.

Na apreciação do pedido de efeito suspensivo, a pretensão recursal foi objeto de juízo favorável nos seguintes termos:

“Com efeito, o Eg. STJ, na sessão de 15 de setembro de 2010, julgando o REsp nº 1.112.943/MA, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução/STJ nº 8/2008 (recursos repetitivos), ratificou o posicionamento da Corte Superior no sentido de que, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud prescinde do esgotamento das diligências para a localização de outros bens passíveis de penhora.

Na esteira do julgado são os precedentes do Eg. STJ a seguir transcritos:

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ON-LINE*. BACEN JUD. EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.382/2006. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RECURSOS REPETITIVOS). PENHORA DE PRECATÓRIO. ANUÊNCIA DO CREDOR. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A egrégia Corte Especial, na sessão de 15 de setembro de 2010, julgando o REsp nº 1.112.943/MA, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução/STJ nº 8/2008 (recursos repetitivos), ratificou o posicionamento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud prescinde do esgotamento das diligências para a localização de outros bens passíveis de penhora.

2. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o crédito relativo a precatório judicial é penhorável, mesmo que o órgão devedor do precatório não seja o próprio exequente.

3. Consolidou-se, por outro lado, a jurisprudência em que o precatório judicial equivale à penhora de crédito prevista nos artigos 11, inciso VIII, da Lei de Execução Fiscal e 655, inciso XI, do Código de Processo Civil e, não, à penhora de dinheiro, razão pela qual é imprescindível a anuência do credor com a penhora do precatório judicial, podendo a recusa ser justificada por qualquer das causas previstas no artigo 656 do Código de Processo Civil.

4. *É que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor, como dispõe o artigo 612 do Código de Processo Civil.*

5. Agravo regimental improvido.’

(STJ, AGRESP 200902288985, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJE 19/11/2010, v. u.)

‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA DE PRECATÓRIO JUDICIAL. RECUSA POR PARTE DA FAZENDA. POSSIBILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO. PRECEDENTE RESP 1.090.898/SP, DJ 31/8/2009, SUBMETIDO AO ART. 543-C DO CPC. PENHORA *ON-LINE*. BACEN-JUD. EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.382/2006. MATÉRIA SUBMETIDA DO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. PRECEDENTE Nº 1.112.943/MA.

1. *A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que é legítima a recusa, por parte da Fazenda, de bem nomeado à penhora caso não observada a gradação legal, não havendo falar em violação do art. 620 do CPC.*

2. Especificamente, com relação a créditos derivados de ações judiciais, representados por precatórios, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.090.898/SP, submetido ao regime dos repetitivos, assentou que “o crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exequente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito”; contudo, destacou que “não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode a Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF”.

3. *A egrégia Corte Especial, na sessão de 15 de setembro de 2010, julgando o REsp nº 1.112.943/MA, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob o regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ, ratificou o posicionamento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen-Jud prescinde do esgotamento das diligências para a localização de outros bens passíveis de penhora.*

4. Agravo regimental não provido.’

(STJ, AGRESP 201000560113, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE 07/10/2010, v. u.)

‘PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185-A DO CTN. PENHORA DE DINHEIRO (SISTEMA BACEN JUD). DISTINÇÕES. 1. O bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no art. 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do sistema Bacen Jud, disciplinada no art. 655-A do CPC (redação conferida pela Lei 11.382/2006). 2. O bloqueio incide na hipótese em que

“o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis”, e abrangerá todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, se verificado o concurso dos requisitos previstos no art. 185-A do CTN. 3. Consoante jurisprudência do STJ, a aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação do esgotamento das diligências para localização de bens do devedor. 4. *Diferentemente, a penhora de dinheiro mediante a utilização do sistema Bacen Jud tem por objeto bem certo e individualizado (os recursos financeiros aplicados em instituições bancárias). No regime instituído pela Lei 11.382/2006, é medida prioritária, tendo em vista que a reforma processual visava primordialmente a resgatar a efetividade na tutela jurisdicional executiva. Independe, portanto, da comprovação de esgotamento de diligências para localização de outros bens.* 5. *Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.112.943/MA, pela Corte Especial do STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC.* 6. *Considerando que no presente recurso discute-se a penhora de dinheiro, por meio do Bacen Jud, e que o requerimento foi formulado na vigência da Lei 11.382/2006, não se deve reformar o acórdão hostilizado.* 7. Agravo Regimental não provido.’

(STJ, AGA 200900477754 - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1164948, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 02/02/2011, v. u.)

No mesmo sentido, julgados desta E. Corte:

‘EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA *BACEN-JUD*. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS.

Cabe registrar, inicialmente, que, em relação ao tema penhora de ativos financeiros via Bacen Jud, vinha entendendo, com apoio na jurisprudência prevalente no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que a utilização do referido sistema, nas execuções fiscais, teria caráter de excepcionalidade, visto que o artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, autoriza seu uso apenas após o esgotamento dos meios existentes à localização de bens penhoráveis.

Ocorre que a Corte Superior, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1.184.765-PA), firmou entendimento no sentido de que, a partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora on-line prescinde do esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, aplicando-se os artigos 655 e 655-A, do Código de Processo Civil, mesmo aos executivos fiscais.

A interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

Com efeito, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/06 ao artigo 655, do Código de Processo Civil, aplicável às execuções fiscais por força do artigo 1º,

da Lei nº 6.830/1980, o juiz, ao decidir sobre a realização da penhora *on-line*, não pode mais exigir do credor prova de exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

No caso dos autos, a decisão agravada foi proferida aos 31/01/2007, portanto, após o advento da Lei nº 11.382/06, que entrou em vigor a partir de 21.01.2007, sendo cabível, portanto, a utilização do Bacen Jud.

Agravo de instrumento a que se dá provimento.’

(TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020786-02.2007.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI, 5ª Turma, DE 09.06.2011, v. u.)

‘DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS DOS EXECUTADOS VIA BACEN-JUD. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. O fato de o bloqueio *on-line* ter restado infrutífero em outras execuções ajuizadas contra os mesmos devedores, por si só, não autoriza o indeferimento da medida pleiteada.

2. Mesmo que a ordem de bloqueio via BACEN-JUD não atinja seu objetivo, que é a garantia do processo executivo, haverá utilidade na medida pela demonstração, a par das demais diligências já realizadas nos autos, da inexistência de bens penhoráveis, de modo a autorizar a eventual suspensão do processo nos termos do artigo 40 da Lei das Execuções Fiscais, ao prudente critério do juiz da causa.

3. Diligência cabível, já que na gradação do artigo 655 do Código de Processo Civil o “dinheiro” figura em primeiro lugar, de modo que o uso do meio eletrônico para localizá-lo é medida “preferencial”, como soa o artigo 655/A.

4. Agravo de instrumento provido.’

(TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015019-75.2010.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, 1ª Turma, DE 19.05.2011, v. u.)

‘AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ON-LINE*. BACEN JUD. EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.382/2006. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RECURSOS REPETITIVOS).

I. *A egrégia Corte Especial do C. STJ, julgando recurso especial sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução/STJ nº 8/2008 (recursos repetitivos), ratificou o posicionamento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, após as modificações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud prescinde do esgotamento das diligências para a localização de outros bens passíveis de penhora.*

II. A penhora de ativos financeiros não viola o princípio da menor onerosidade, consubstanciado no artigo 620 do Código de Processo Civil, eis que a execução se processa no interesse do credor.

III. Agravo legal improvido.’

(TRF3, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001604-88.2011.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. CECILIA MELLO, 2ª Turma, DE 10.06.2011, v. u.)

Destarte, nesse juízo sumário de cognição, lobrigando suficiente carga de plausibilidade nas razões recursais, que encontram amparo em precedentes do Eg. STJ e desta Corte e presente também o requisito de lesão grave e de difícil reparação diante da demora na efetiva garantia da execução, reputo preenchidos os requisitos do art. 558 do CPC e *defiro o pedido de efeito suspensivo ao recurso.*”

Confirma-se a motivação exposta na decisão inicial.

Com efeito, em se tratando de requerimento formulado após o advento da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, o bloqueio de ativos financeiros prescinde o esgotamento das diligências para localização de outros bens passíveis de penhora, consoante jurisprudência citada de que também são exemplos acórdãos proferidos nos julgamentos do AGA 200800719145, RAUL ARAÚJO FILHO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 28/06/2010 e do RESP 200802410560, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 20/04/2009.

Por estes fundamentos, *dou provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

- Sobre a efetivação da penhora “on line” prescindir do esgotamento de diligências para localização de outros bens passíveis de penhora, veja também os seguintes julgados: REsp AI 0001774-31.2009.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicado na RTFR3R 106/70 e AI 0034309-81.2007.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicado na RTFR3R 108/277.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018977-35.2011.4.03.0000
(2011.03.00.018977-3)

Agravante: MARTUCCI MELILLO ADVOGADOS ASSOCIADOS
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Autora: MARIA INES DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Classe do Processo: AI 444237
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/03/2012

EMENTA

PROCESSUAL. EXECUÇÃO. DEDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 22, § 4º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA.

- Cabe privilegiar as decisões do Órgão Colegiado e das Cortes Superiores, com vistas à necessária segurança jurídica, ressalvado entendimento pessoal.
- Possível o pagamento dos honorários advocatícios contratuais nos próprios autos da causa que o advogado patrocina, desde que apresente o respectivo contrato antes de expedido o mandado de levantamento ou o precatório, nos termos do artigo 22, § 4º, do Estatuto da Advocacia.
- Contudo, em face do teor do próprio artigo 24, § 4º, da Lei nº 8.906/94, deverá o constituinte-beneficiário ser intimado pessoalmente da determinação antes do pagamento dos honorários diretamente ao patrono.
- Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 05 de março de 2012.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, em processo de execução, indeferiu pedido de dedução dos honorários advocatícios contratuais da parcela devida ao autor e requisição do valor em nome de seu patrono.

Sustenta o agravante, Martucci Melillo Advogados Associados, que a possibilidade de destaque do valor referente aos honorários contratuais do montante a ser recebido pelo autor está prevista no artigo 22, § 4º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Requer a reforma da decisão agravada.

Às fls. 98/99, foi atribuído efeito suspensivo, para permitir a dedução do valor dos honorários advocatícios contratuais nos próprios autos, com vistas ao pagamento direto,

após intimação pessoal do constituinte.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que indeferiu pedido de dedução dos honorários advocatícios contratuais da parcela devida ao autor e requisição do valor em nome de seu patrono.

Consigno de início que, ainda que outrora tenha decidido de maneira diversa, cabe privilegiar as decisões do Órgão Colegiado e das Cortes Superiores, com vistas à necessária segurança jurídica.

Posto isso, ressaltando entendimento pessoal, adoto como razão de decidir o quanto esposado na decisão de fls. 98/99:

“Trata-se de recurso de terceiro prejudicado (artigo 499 do CPC). O advogado, titular dos honorários contratuais, cujo levantamento pretende fazer diretamente nos autos, defende tal possibilidade como direito assegurado na Lei nº 8.906/94. Destarte, não figurando como parte, tem legitimidade recursal, na condição de terceiro, para defesa de direito próprio, que entende violado pela decisão judicial.

O Estatuto da Advocacia - Lei nº 8.906/94, em seu artigo 22, § 4º, assim estabelece: ‘§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.’

A jurisprudência, nos termos da norma legal citada, tem entendido que é possível determinar o pagamento dos honorários advocatícios contratuais nos próprios autos da causa que o advogado patrocina, *in verbis*:

‘Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Contrato de honorários advocatícios. Levantamento da verba. Pedido nos autos. Possibilidade.

- O advogado pode requerer ao juiz, nos autos da causa em que atue o pagamento, diretamente a ele, dos honorários contratados, descontados da quantia a ser recebida pelo cliente, desde que apresente o respectivo contrato.

- As questões que digam respeito à validade e eficácia do contrato devem ser dirimidas nos próprios autos em que requerido o pagamento.

- Recurso especial provido.’

(RESP nº 200200005085/SP - STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.0.9.2002, DJ 14.10.2002, p. 226).

Ressalta-se, porém, que, ainda que a requisição não tenha sido feita de forma destacada, nada obsta a dedução do valor dos honorários por ocasião do levantamento do depósito, consoante dispõe o artigo 22, § 4º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94).

Ora, em hipótese de saque sem a expedição de alvará de levantamento (artigos 17, § 1º, e 21 da Resolução nº 559, de 26.06.2007, do Conselho da Justiça Federal), deverá ser bloqueado o montante correspondente ao percentual contratado,

com posterior transferência para conta de titularidade do patrono ou, na impossibilidade, procedendo-se à conversão em depósito judicial.

Tal providência, a ser viabilizada pelo juízo *a quo*, em nada colide com o disposto no artigo 10 da Lei Complementar nº 101/2000: restará preservada a ordem cronológica de pagamento de precatórios ou de créditos de pequeno valor, bem como a identificação dos beneficiários (art. 5º, §§ 1º e 2º, da referida Resolução nº 559/2007). Neste sentido, o julgado *in verbis*:

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESTAQUE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALVARÁ.

1. A possibilidade de o advogado receber diretamente os honorários contratados com a parte, descontados da quantia a ser recebida pelo cliente, desde que apresente o respectivo contrato, já está pacificada na jurisprudência.

2. Os advogados devem firmar um contrato escrito que deverá ser juntado ao processo, antes que a requisição do precatório ou a requisição de pequeno valor (RPV) seja expedida pelo juiz.

3. Se posterior à requisição, é no momento da confecção do alvará de levantamento, que os valores advocatícios contratuais devem ser deduzidos da quantia a ser paga à parte autora.

4. Embargos de declaração conhecido e providos.’

(EDAG nº 2005.04.01.047777-7/RS - TRF 4ª Região, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma, j. 03.04.2006, DJU 02.08.2006, p. 383).

Contudo, em face do teor do próprio artigo 24, § 4º, da Lei nº 8.906/94, deverá o constituinte-beneficiário ser intimado pessoalmente da determinação antes do pagamento dos honorários diretamente ao patrono. Veja-se a ressalva ao final da norma: o constituinte poderá se insurgir demonstrando que a verba já foi paga.

Ressalte-se que não existe previsão legal de expedição separada de ofício requisitório para honorários contratuais, mas somente o destaque de tal verba, que em princípio pertence à parte, nos termos das Resoluções nº 559, de 26.06.2007, do Conselho da Justiça Federal, e nº 154, de 19.09.2006, da Presidência do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Com efeito, dispõe o § 2º do artigo 5º da Resolução nº 559 de 2007:

‘A parcela da condenação comprometida com honorários de advogado por força de ajuste contratual não perde sua natureza, e dela, condenação, não pode ser destacada para efeitos da espécie de requisição; conseqüentemente, o contrato de honorários de advogados não transforma em alimentar um crédito comum, nem substitui uma hipótese de precatório por requisição de pequeno valor.’

Outrossim, a expedição de requisitório independente é cabível apenas com relação aos honorários sucumbenciais, conforme disposto no artigo 1º, § 3º, da Resolução nº 154, *in verbis*:

‘§ 3º Os valores devidos a título de honorários sucumbenciais e/ou periciais deverão ser objeto de requisição independente.’

Posto isso, defiro a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, para permitir a dedução do valor dos honorários advocatícios contratuais nos próprios autos, com vistas ao pagamento direto, após intimação pessoal do constituinte”.

Posto isso, mantendo as razões *supra*, dou provimento ao agravo de instrumento. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0034892-27.2011.4.03.0000
(2011.03.00.034892-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: VINITEX PLÁSTICOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AI 458798
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/03/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS NO ÚLTIMO ENDEREÇO REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL.

- Os documentos acostados aos autos evidenciam que as diligências negativas não foram realizadas no último endereço da pessoa jurídica registrado na Junta Comercial em data posterior aos débitos e ao ajuizamento da Execução Fiscal, o que afasta os indícios de dissolução irregular da empresa.

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, 08 de março de 2012.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Agravo interposto pela *União*, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra decisão singular proferida pela Desembargadora Federal Salette Nascimento, que negou seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, que houve comprovação da dissolução irregular, na medida em que a empresa não foi encontrada no endereço constante dos cadastros da Receita Federal, conforme certidão do oficial de justiça. Aduz, ainda, que o STJ firmou entendimento no sentido de que há dissolução irregular da pessoa jurídica quando deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem a devida comunicação aos órgãos competentes.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Conforme ao disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, é pacífico o entendimento de que ao relator é permitido decidir singularmente o mérito do recurso, por meio da aplicação do direito à espécie, com fundamento em súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, a jurisprudência dominante do STJ e desta Corte, bem como a Súmula 435 do STJ, é de que se configura a dissolução irregular da empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal:

“AGRAVO INOMINADO - ART. 557, CPC - APLICAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - ART. 135, III, CTN - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÚMULA 453/STJ - RETIRADA DO QUADRO SOCIETÁRIO - ART. 4º, V, LEI 6.830/80 - ART. 10º, DEC 3.708/19 - ARTIGOS 50, 1.025, 1.052 E 1.080, CC - RECURSO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada encontra-se perfeitamente sustentada na jurisprudência atual desta Corte, comportando julgamento pela aplicação do art. 557, CPC.

2. *O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, posicionando-se pela possibilidade de os sócios-gerentes serem incluídos no pólo passivo da execução fiscal, já que, se a sociedade executada não é localizada no endereço informado à Junta Comercial, presume-se sua dissolução irregular. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1017732/RS, REsp 1004500/PR e AgRg no AgRg no REsp 898.474/SP.*

3. Os diretores, gerentes ou representantes das sociedades podem ser responsabilizados pelas obrigações tributárias nos casos de dissolução irregular da sociedade ou de atuação dolosa ou culposa na administração dos negócios, por meio de fraude ou excesso de poderes. 4. Quando há dissolução irregular da sociedade, o ônus da prova se inverte e o gerente da sociedade, incluído na execução fiscal, poderá demonstrar não ter agido com dolo, culpa, excesso de poder ou mediante fraude. Nesse sentido: REsp 1017732/RS e AgRg no REsp 813.875/RS.

5. *Compulsando os autos, verifica-se que a empresa não foi localizada no domicílio fiscal (fl. 34), pelo Oficial de Justiça, inferindo-se sua dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ, de modo a permitir o redirecionamento.*

6. O Superior Tribunal de Justiça já sinalizou pela inclusão dos últimos sócios/administradores da sociedade (AGA 930334, Relator Ministro José Delgado, DJ 1º/2/2008, p. 447; e EREsp 260107, Primeira Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ 19/4/2004, p. 149) e esta parece ser a orientação que será firmada por esta Turma. Considerando que o fundamento do redirecionamento é a presunção de dissolução irregular e não o inadimplemento do tributo e considerando que os sócios/administradores que adentram numa sociedade têm obrigação legal de responder por suas dívidas, ainda que passadas (art. 133, CTN), os sócios/administradores que devem figurar no polo passivo da execução fiscal são os sócios/administradores remanescentes, que teriam falhado na dissolução da sociedade.

7. Conforme cadastro da Junta Comercial, o agravado retirou-se do quadro societário em 19/9/2002, portanto, antes da constatação da dissolução irregular da pessoa jurídica, não podendo ser responsabilizado pelo débito em cobro, tendo a

empresa permanecido sob outra direção. Assim, descabido o redirecionamento pleiteado, porquanto não presentes os requisitos do art. 135, III, CTN.

8. Não se verifica a ocorrência de situações que justifiquem a aplicação dos dispositivos acima elencados, ressaltando que o inadimplemento não configura infração à lei, que autorize o redirecionamento.

9. Descabe também a aplicação da legislação ordinária, como defendida somente nas razões recursais do agravo inominado pela agravante (artigos 4º, V, da lei 6.830/80; 10º do Decreto 3.708/19 19; 50, 1.025, 1.052 e 1.080 do novo Código Civil), tendo em vista que a disciplina sobre matéria tributária obedece ao estabelecido em lei complementar, teor do art. 146, III, CF, e não caracterizadas as circunstâncias previstas no art. 135, III, CTN.

10. Agravo inominado improvido.”

(TRF 3ª Região - AI 00136718520114030000 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 439531 - DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR - Terceira Turma - TRF3 CJ1 DATA: 10/02/2012) (grifei)

“AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS ENSEJADORES NA ESPÉCIE.

1. *No caso vertente, a agravada foi citada e apresentou exceção de pré-executividade; posteriormente, não foi possível efetivar a penhora de bens da empresa, a fim de garantir o crédito fiscal, uma vez que a sede da mesma não foi localizada quando do cumprimento do mandado de citação, penhora e avaliação, inferindo-se sua dissolução irregular.*

2. *Por seu turno, a executada, na contraminuta de fls. 224/229, deixou de fornecer o seu atual endereço, enquanto que nos documentos constantes dos autos, relatório do CNPJ e da Ficha Cadastral Jucesp (fls. 201/206), a empresa continua sediada no mesmo local constante da certidão da dívida ativa e já diligenciado.*

3. *Assim sendo, não tendo a empresa devedora prestado informações à repartição pública competente, no sentido de manter seu assentamento devidamente atualizado, afigura-se legítima a inclusão de seu representante legal no polo passivo da execução.* Uma vez efetivada a integração à lide, o sócio gerente poderá demonstrar eventual ausência de responsabilidade quanto ao débito cobrado mediante os instrumentos processuais próprios.

4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo legal improvido.”

(TRF 3ª Região - AI 00315345420114030000 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 455686 - DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - Sexta Turma - TRF3 CJ1 DATA: 02/02/2012) (grifei)

In casu, porém, conforme bem salientado no *decisum* impugnado, os documentos de fls. 88, 120, 125, verso e 132/140 evidenciam que as diligências negativas não foram realizadas no último endereço da pessoa jurídica registrado na Junta Comercial em 07.06.2010, data posterior aos débitos e ao ajuizamento da Execução Fiscal, o que afasta os indícios de dissolução irregular da empresa.

Na verdade, verifica-se que a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, sem atacar os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante, o que é defeso no âmbito deste recurso.

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

É como voto.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA
0000072-45.2012.4.03.0000
(2012.03.00.000072-3)

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Interessados: UNIÃO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FLÁVIO PÁScoa TELES DE MENEZES, SILVÍCOLAS DA ALDEIA INDÍGENA PORTO LINDO E CACIQUE MÂMÂGÁ
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - PRESIDENTE
Classe do Processo: SuExSe 2945
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2012

DECISÃO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público Federal, a fls. 656/675, contra a decisão proferida a fls. 610/615, que indeferiu o pedido de suspensão da sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, o qual, nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, determinou a reintegração de posse da área integral da propriedade rural “Fazenda Remanso Guaçu”, ocupada por índios Guarani, no início do ano de 2004.

Em 12/01/04 (fls. 22), Flávio Páscoa Teles de Menezes ajuizou ação de reintegração de posse em face do Cacique Mâmãgá e dos demais integrantes de seu grupo indígena, da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União, requerendo a retirada dos indígenas que teriam invadido a propriedade rural denominada “Fazenda Remanso Guaçu”, localizada em Mundo Novo/MS.

Recebida a inicial, foi proferida decisão determinando a reintegração da posse (fls. 38/44). A decisão foi objeto do agravo de instrumento nº 2004.03.00.003087-1.

Em 09/02/04, em julgamento de recurso de agravo legal interposto nos autos do agravo de instrumento em questão (nº 2004.03.00.003087-1), a E. Quinta Turma deste Tribunal determinou a reintegração de grande parte da área da Fazenda Remanso Guaçu, ordenando, contudo, a permanência dos indígenas em “áreas restritas” dentro da propriedade, de forma que caberia ao Juízo de primeiro grau definir os limites daquela ocupação provisória (fls. 62/74).

Como resultado desta decisão, o Juízo de primeiro grau determinou que os indígenas passassem a ocupar 10% (dez por cento) da área da Fazenda, permanecendo em local que fosse “longe das sedes e dependências das Fazendas” (fls. 75). A área reservada aos indígenas veio, posteriormente, a ser devidamente demarcada e registrada em relatório técnico (fls. 89).

Durante o curso da ação, foi editada a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça, que declarou ser “de posse permanente do grupo indígena Guarani Ñandeva a Terra Indígena YVY-KATU” (fls. 473), sendo que parte do território declarado como de posse permanente correspondia a áreas de terra na qual se encontra a Fazenda Remanso Guaçu (fls. 474).

Contra o ato administrativo, Flávio Páscoa Teles de Menezes impetrou o Mandado de Segurança nº 10.985, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, o qual foi julgado procedente para determinar a parcial nulidade do procedimento que embasou a Portaria nº 1.289/05, apenas em relação à Fazenda Remanso Guaçu, por se considerar que o processo administrativo teria sido realizado sem o devido respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após diversas decisões proferidas no iter processual, de primeiro e segundo graus - ora determinando que fosse cumprida a reintegração da posse, ora suspendendo a reintegração - a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o pedido de suspensão de liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000 (fls. 291/295), o qual foi deferido pelo então I. Presidente, para que fossem mantidos “os indígenas provisoriamente na área - 10% da Fazenda Remanso Guaçu -, até que se ultime a produção da prova pericial antropológica” (fls. 295).

Posteriormente, em primeiro grau de jurisdição, foi proferida decisão indeferindo a produção de prova pericial antropológica (fls. 305/306), por se considerar que “a demarcação deve ser feita pela via administrativa” (fls. 306), após o que foi proferida a sentença que determinou a reintegração integral de posse da Fazenda (fls. 307/314).

Com vistas a suspender os efeitos da sentença, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI apresentou o presente pedido de suspensão, o qual foi indeferido pelo então I. Presidente desta Corte, por entender que a inexistência da produção da prova pericial antropológica nos autos da reintegração de posse tornava impossível o acolhimento do pleito, e por entender que a suspensão de segurança não é via adequada para a discussão de eventual cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da referida prova técnica.

Contra a decisão, insurgiu-se o Ministério Público Federal, interpondo o presente agravo. No recurso, alega que “a decisão do juízo a quo precisa ser suspensa para evitar lesão à ordem, à segurança e à saúde públicas de todos os envolvidos” (fls. 658vº). Aduz que “o processo administrativo de demarcação encontra-se perto do seu fim” (fls. 660). Sustenta que “não há local adequado para a realocação dos indígenas, ainda que de forma provisória” (fls. 666vº), que “é demonstrada a superlotação nas aldeias já demarcadas no Estado, inclusive, a de Porto Lindo (Aldeia de origem), e, como consequência, os elevados índices de violência e problemas sociais de toda ordem, tais como alcoolismo” (fls. 666vº), e que como “os indígenas não poderão voltar à Aldeia de origem, devido à superlotação (...) é grande a probabilidade que se estabeleçam à beira da rodovia, à frente da propriedade rural que estão ocupando” (fls. 669). Argumenta que “o cumprimento da ordem de reintegração restabelecida na sentença, sem que o feito tenha transitado em julgado, terá o efeito de *reavivar conflitos momentaneamente apaziguados*” (fls. 669vº), que “caso haja o cumprimento da reintegração - com saída forçada dos indígenas de meros 260 ha. de uma propriedade rural com mais de 2.500 ha. - as consequências serão incomensuráveis” (fls. 670), e que o “iminente cumprimento da ordem de reintegração de posse colocará em risco inúmeros direitos dos indígenas e dos não-indígenas” (fls. 670vº). Por fim, aduz que “o interesse público está prestes a ser vulnerado, afetando gravemente a ordem, a saúde e a segurança, em suma, a própria ordem pública” (fls. 670vº).

Requer a reconsideração da decisão ou o provimento do agravo, para que seja concedida a suspensão dos “efeitos da sentença de reintegração de posse proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS nos autos nº 2004.60.02.000047-2, de modo a ser determinada a manutenção dos indígenas na área demarcada judicialmente - 10% da Fazenda Remanso Guaçu, cerca de 260 ha. - até que se ultime o processo de demarcação ou, subsidiariamente, até o trânsito em julgado da ação possessória” (fls. 675vº).

É o breve relatório.

Tenho que a hipótese é a de reconsideração da decisão agravada, deferindo-se o pedido de suspensão da sentença.

Apesar da situação originalmente hostil verificada entre os indígenas e os interessados na reintegração durante o início da ocupação, a relação hoje existente na Fazenda Remanso Guaçu é pacífica e estável, sem que haja atualmente tensão iminente entre os interessados.

Outrossim, em decorrência das decisões judiciais proferidas no curso da ação originária, observa-se que os indígenas ocupam hoje apenas 10% (dez por cento) da área total da propriedade, sendo que existiu a preocupação de que aqueles fossem assentados em local afastado da sede e das dependências da Fazenda, evitando-se conflitos e permitindo-se o desenvolvimento, sem prejuízos, da atividade produtiva realizada na localidade.

Também é de extrema importância ter em consideração que os indígenas se encontram há 8 (oito) anos na Fazenda Remanso Guaçu, tempo suficiente para que tenham se instalado na região de forma fixa e contínua, criando um vínculo físico com o local, na medida em que ali construíram suas residências, estabeleceram seus meios de subsistência, cultivaram plantações e criaram pequenos animais, habituando-se, portanto, a viver na região, na qual se ambientaram e desenvolveram sua comunidade, conforme demonstram os documentos apresentados a fls. 532/555.

Por outro lado, o processo de demarcação das terras indígenas precisa ser concluído. Embora a Portaria nº 1.289/05 do Ministério da Justiça tenha sido declarada parcialmente nula em relação à Fazenda Remanso Guaçu - por vício procedimental, consistente na inobservância do contraditório em sede administrativa - os estudos técnicos elaborados no curso daquele procedimento administrativo constituem, ao menos, indício de que a Fazenda possa estar localizada, parcial ou totalmente, em áreas de posse permanente de grupo indígena.

O processo de demarcação, por sua vez, encontra-se em estágio avançado, o que também é fator que contribui para a conclusão de que é desaconselhável - e até mesmo imprudente - que os indígenas sejam desalojados da região no presente momento.

Diante destas circunstâncias, observa-se que a determinação de desocupação da área de 10% (dez por cento) da Fazenda reservada aos indígenas poderá ser causa de grave distúrbio na região, acirrando um conflito que hoje se encontra apaziguado e controlado, criando enormes riscos à integridade física e à vida de indígenas e dos demais habitantes do local, e colocando fim a uma situação de razoável estabilidade e segurança social hoje existente na região.

Como bem observado pelo então Presidente, Relator da Suspensão de Liminar nº 0037604-24.2010.4.03.0000, o presente caso envolve um conflito de direitos fundamentais, colocando “o direito à vida de um lado e do outro o direito de propriedade, sendo inquestionável que deve prevalecer o primeiro” (fls. 295). A mesma é a lição extraída da obra do E. Ministro Gilmar Mendes:

“Da mesma forma, *tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais*, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geth vor Sachgutwert).” (Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. ver. e atual., São Paulo : Saraiva, 2009, p. 378, grifos meus)

Em vista disto, tenho que se encontram preenchidos os requisitos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, autorizadores do deferimento da suspensão requerida.

Tenho que existe, na hipótese, risco de grave lesão à ordem - requisito que entendo como sendo o risco de ser provocada séria perturbação à forma como se encontra organizada a sociedade civil ou uma comunidade -, uma vez que o comando de desocupação poderá criar situação de instabilidade social na região, gerando ambiente de constante conflito e tensão entre indígenas e habitantes do local, com potencial risco de enfrentamentos e eventos danosos.

Também entendo configurado o risco de grave lesão à segurança, em razão do gravíssimo risco que existiria à incolumidade física e, sobretudo, à vida das pessoas que se situam na localidade - indígenas ou não indígenas -, em decorrência da provável situação de hostilidade que seria instaurada, sendo imprescindível a adoção da excepcional medida de suspensão, para que seja evitado que pessoas sejam mortas ou feridas.

Por fim, ainda que tais requisitos não fossem suficientes, entendo ser inegável o relevante interesse social que permeia as questões indígenas, que constitui problema social com antigas raízes históricas, e cuja magnitude fez com que o constituinte originário dedicasse capítulo específico da Constituição Federal a sua regulação.

Ante o exposto, *reconsidero a decisão de fls. 610/615, e defiro o pedido de suspensão* dos efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS nos autos do processo nº 2004.60.02.000047-2, para que os indígenas sejam mantidos na área que hoje ocupam e que foi a eles reservada no curso da ação originária - correspondente a 10% (dez por cento) da Fazenda Remanso Guaçu -, devendo a suspensão ser mantida até que haja o trânsito em julgado na ação possessória de Origem.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa. Comuniquese com urgência. Int. Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 09 de março de 2012.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

- Sobre a reintegração de posse da área integral da “Fazenda Remanso Guaçu”, veja também o seguinte julgado: SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad - Presidente, publicada na RTRF3R 105/285.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

“HABEAS CORPUS”
0002253-19.2012.4.03.0000
(2012.03.00.002253-6)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: CARLOS RODRIGUES OROSCO (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: HC 48380
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/03/2012

EMENTA

HABEAS CORPUS - TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE À PENITENCIÁRIA DE SEGURANÇA MÁXIMA DE CAMPO GRANDE/MS - ALTA PERICULOSIDADE DO AGENTE, INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS NA REGIÃO DA FRONTEIRA BRASIL/BOLÍVIA - CUMPRIMENTO DA LEI 11.671/2008 E DO DECRETO 6.877/2009 - ORDEM DENEGADA - AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. O paciente trata-se de pessoa com personalidade distorcida e perigosa, sendo “testa de ferro” das FARC (Forças Armadas e Revolucionárias da Colômbia), atuante no tráfico internacional de drogas, estando sendo processado no feito originário pela prática do crime de associação ao tráfico de entorpecentes em âmbito internacional, sendo um dos responsáveis pela logística do transporte da droga proveniente da Colômbia até o sistema aquaviário de Manaus, na denominada rota Solimões.

2. Atuava, ademais, junto ao grupo liderado por seu irmão Daniel Orosco, sendo proprietário da empresa de fachada denominada “Frigorífico Tefé Comércio e Navegação Ltda.”, e de diversos barcos de pesca que eram utilizados para “lavagem” de dinheiro e realizar apoio e transporte das drogas e armas do grupo em território brasileiro.

3. Claro está, portanto, que a transferência do paciente ao Presídio Federal de Segurança Máxima de Campo Grande/MS lastreou-se no interesse da segurança pública e da administração da justiça, haja vista a alta periculosidade por ele apresentada, seja pelas rebeliões em presídios das quais já participou, seja porque é apontado pelo Ministério Público Federal como um dos líderes da organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas na região da fronteira do Brasil com a Colômbia.

4. Não há descumprimento ao Decreto 6877/2009, cujo artigo 3º é claro no sentido de ser lícita a transferência do preso quando este tiver desempenhado função de liderança ou participação de forma relevante em organização criminosa, podendo a regularização dos documentos necessários à transferência ser promovida pelo Juízo solicitante, sem que isso resulte em prejuízo insanável ao paciente, não podendo tal formalismo procedimental, por si só, justificar a devolução de preso com tamanho perigo à sociedade, devendo ser mantido em estabelecimento prisional de segurança máxima.

5. Portanto, evidenciada está a legitimidade do pedido formulado pela autoridade administrativa ao MM. Juízo de Manaus (art. 5º da Lei 11.671/2008), que, por sua vez, em decisão lastreada nos mesmos fundamentos expostos no ofício do

Governo do Estado de Manaus, solicitou a manutenção do paciente custodiado no Presídio Federal de Campo Grande, tendo a autoridade apontada como coatora ratificado as razões da autoridade solicitante por seus próprios fundamentos, conforme cópia da decisão impugnada de fl. 146/verso.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, afastar a preliminar argüida pela Procuradoria Regional da República, e, no mérito, denegar a ordem de “habeas corpus”, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de março de 2012.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Carlos Rodrigues Orosco, contra ato do MM. Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Campo Grande, visando, em síntese, seja determinado o imediato retorno do paciente ao Estado do Amazonas, a fim de poder aguardar o desfecho da ação principal, em curso naquele Estado, junto de seus familiares e no Estado responsável pela sua condenação.

O impetrante aduz, em síntese, não terem sido analisados pelo MM. Juízo Federal “a quo” os requisitos legais à manutenção do paciente em Presídio Federal de Segurança Máxima; que o Juízo solicitante não encaminhou os documentos indispensáveis ao deferimento do pedido de permanência do preso no Presídio Federal; não haver provas de o paciente ser integrante das FARC.

Requer, pois, a concessão da liminar a fim de que o paciente seja transferido para presídio em seu estado de origem, ratificando-se, posteriormente, a liminar com a concessão definitiva da ordem.

Com a inicial vieram documentos.

A liminar foi por mim indeferida por decisão de fls. 159/161.

As informações foram prestadas às fls. 188/189.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República opinou, em preliminar, pelo não conhecimento do *writ*, e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Por primeiro, tenho que deve ser afastada a preliminar de não conhecimento desta impetração, argüida em parecer pela E. Procuradoria Regional da República, uma vez que a decisão “a quo”

impugnada por meio do presente *writ* é posterior àquela relacionada ao *habeas corpus* nº 2011.03.00.007156-7, já julgado por esta E. Quinta Turma, de minha relatoria.

Com efeito, ainda que ambas as impetrações relacionem-se à devolução do paciente ao presídio estadual de origem, em Manaus/AM, os fundamentos das decisões impugnadas são parcialmente diversos, pois a primeira decisão foi de deferimento da transferência do paciente de Manaus/AM para o Presídio Federal de Campo Grande/MS, enquanto a segunda, ora impugnada pela presente ação constitucional, possibilitou a renovação do prazo de permanência do paciente naquele presídio, pelo período de mais 360 (trezentos e sessenta) dias, lastreando-se em fundamentos diversos à primeira decisão.

No tocante ao mérito, a ordem deve ser denegada.

Rezam os artigos 5 e 10 da Lei 11.671/2008, *verbis*:

“Art. 5º. São legitimados para requerer o processo de transferência, cujo início se dá com a admissibilidade pelo juiz da origem da necessidade da transferência do preso para estabelecimento penal federal de segurança máxima, a autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso.

[...]

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

§ 2º Decorrido o prazo, sem que seja feito, imediatamente após seu decurso, pedido de renovação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição.

§ 3º Tendo havido pedido de renovação, o preso, recolhido no estabelecimento federal em que estiver, aguardará que o juízo federal profira decisão.

§ 4º Aceita a renovação, o preso permanecerá no estabelecimento federal de segurança máxima em que estiver, retroagindo o termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior. [...]” - grifo nosso.

Pois bem, no caso dos autos, ao menos em análise sumária dos fatos, verifico que todos os requisitos legais supracitados foram efetivamente cumpridos, estando o pedido de manutenção do paciente no Presídio Federal de Campo Grande/MS devidamente fundamentado pela autoridade administrativa, lastreado na alta periculosidade do paciente.

Com efeito, em ofício datado de 06 de dezembro de 2011, do Governo do Estado de Manaus, o Secretário de Estado da Justiça e Direitos Humanos daquele Estado, solicitou ao MM. Juízo da VEC de Manaus/AM a permanência do paciente, por mais 360 dias, na Penitenciária Federal de Campo Grande, alegando que, *verbis*:

“[...] Inicialmente esclarecemos que a adoção da presente medida, considerada extrema pelas consequências que certamente acarretará, está sendo realizada a luz dos instrumentos normativos vigentes no país, diante da demonstrada necessidade decorrente do alto grau de periculosidade e da mobilização dos presos em tela, situação que pode desestabilizar a ordem carcerária vivida atualmente, expondo o Sistema Penitenciário de nosso Estado a grande risco.

Salientamos que os internos acima mencionados foram presos por ocasião da deflagração da Operação Rota Solimões, que visava combater o tráfico internacional de drogas na região da tríplice fronteira Brasil/Colômbia/Peru, onde existe forte atuação da organização criminosa da qual fazem parte, pois são apontados pela Secretaria do Estado de Segurança Pública do Amazonas, como integrantes da Frente 1 da organização criminosa denominada FORÇAS ARMADAS REVOLUCIONÁRIAS DA COLÔMBIA - FARC, ORCRIM responsável pelo tráfico internacional de armas e drogas na região da fronteira Brasil/Colômbia.

DANIEL RODRIGUES OROSCO, que também utiliza os nomes JOSÉ SAMUEL SANCHES e MARTIN ÁVILA CONTRERAS, é conhecido pelas alcunhas de 'TARTARETO' 'SAMUEL' ou 'RELÂMPAGO', conforme relatório da SEAI, e responsável pelas finanças, organização e logística de sua ORCRIM, sendo o chefe da Frente 1 das FARC.

CARLOS RODRIGUES OROSCO, o 'CARLOS COLÔMBIA', que foi preso juntamente com DANIEL, também é integrante das FARC, onde atua como uma espécie de 'testa de ferro', sendo o proprietário da empresa de fachada denominada Frigorífico Tefe Comércio e Navegações Ltda, além de diversos barcos de pesca, que eram utilizados para lavagem de dinheiro, apoio e transporte das drogas e armas do grupo, em território brasileiro.

De acordo com as informações acima, fica clara a alta periculosidade e importância dos referidos presos, dado o elevado grau hierárquico que têm em sua ORCRIM, responsáveis pelo tráfico internacional de drogas e outras ações criminosas, situação que reforça a necessidade de manutenção desses presos no Estabelecimento Penal Federal de segurança máxima em que se encontram, local onde também estão recolhidos os maiores criminosos do Brasil.

Vale ressaltar que, dado a importância dos presos em referência para a ORCRIM, não podemos descartar a possibilidade de ações visando ao resgate dos mesmos, a ocorrência de fugas ou ainda de que possam vir a assumir uma posição de liderança negativa junto à população carcerária local, devido ao poderio econômico de que estão revestidos, o que pode ser usado para corromper a estrutura de segurança de nossos estabelecimentos penais, resultando a necessidade de sua manutenção no Estabelecimento Penal Federal em que se encontram.

È cediço, também, que atuação de facções criminosas fortemente organizadas e de grande poder econômico dentro de presídios é um problema sério que somente pode ser minimizado a medida que solicitações como a presente sejam acatadas pelo poder público, evitando, com isso, retaliações que exporiam o Sistema Penitenciário de nosso Estado a ações subversivas.

Portanto, afigura-se imune de dúvidas que o interesse público, no âmbito da preservação da ordem e da incolumidade pública, deve se sobrepor aos direitos e garantias individuais dos presos, apresentando-se, por isso, cabível o presente requerimento. [...]” - grifo nosso.

Veja-se que referidas circunstâncias já foram, inclusive, sopesadas por este Relator quando do julgamento do *habeas corpus* nº 2011.03.00.007156-7, de minha relatoria, tendo sido destacado na ocasião que:

“A ordem deve ser denegada.

Por primeiro, imperioso ressaltar que o paciente, ao que se verifica dos documentos colacionados, trata-se de pessoa com personalidade distorcida e perigosa, sendo ‘testa de ferro’ das FARC (Forças Armadas e Revolucionárias da Colômbia), atuante no tráfico internacional de drogas, estando sendo processado no feito originário pela prática do crime de associação ao tráfico de entorpecentes em âmbito internacional, sendo um dos responsáveis pela logística do transporte da droga proveniente da Colômbia até o sistema aquaviário de Manaus, na denominada rota Solimões.

Apurou-se, ademais, que o paciente atuava junto ao grupo liderado por seu irmão Daniel OroSCO, sendo proprietário da empresa de fachada denominada ‘Frigorífico Tefé Comércio e Navegação Ltda.’, e de diversos barcos de pesca que eram utilizados para ‘lavagem’ de dinheiro e realizar apoio e transporte das drogas e armas do grupo em território brasileiro.

Diante de tais circunstâncias, a Secretaria Executiva Adjunta de Inteligência sugeriu às autoridades competentes a verificação da possibilidade de transferência do paciente e de Daniel às Unidades Federais de Segurança Máxima em outros Estados da Federação, com fundamento na conclusão de que os presos podem fazer parte de uma organização criminosa internacional altamente organizada, o que poderia vir a oferecer influência negativa dentro do sistema penitenciário, tanto com detentos quanto com funcionários, além do risco de fuga a qualquer momento. Consta, ainda, que o paciente participou, quando ainda se encontrava na Unidade Prisional de Puraquequara, de rebelião que culminou com a morte de três detentos, conforme se vislumbra do ofício nº 77-GAB/VEP do MM. Juiz de Direito Antônio Carlos Marinho.

Outrossim, em razão de tais fatos, foi solicitada a inclusão do paciente na Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, de segurança máxima, tendo sido deferido pelo MM. Juízo da 5ª Vara Federal de Campo Grande, Dr. Dalton Igor Kita Conrado, porquanto presentes os requisitos da Lei 11.671/08.

Com efeito, dispõe o artigo 3º da Lei nº 11.671/2008, *verbis*:

‘Art. 3º Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório’.

Estabelece ainda a referida lei que o período de permanência não poderá ser superior a 360 dias, renovável, excepcionalmente quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, prazo este ainda não ultrapassado no caso em análise, já que a transferência do paciente deu-se em 30.10.2010”.

Portanto, evidenciada está a legitimidade do pedido formulado pela autoridade administrativa ao MM. Juízo de Manaus (art. 5º da Lei 11.671/2008), que, por sua vez, em decisão lastreada nos mesmos fundamentos expostos no ofício do Governo do Estado de Manaus (fl. 136/verso), solicitou a manutenção do paciente custodiado no Presídio Federal de Campo Grande, tendo a autoridade apontada como coatora ratificado as razões da autoridade solicitante por seus próprios fundamentos, conforme cópia da decisão impugnada de fl. 146/verso.

Outrossim, considerados todos os aspectos supra delineados, não vislumbro constrangimento ilegal manifesto, porquanto cumpridos os mandamentos legais previstos na Lei 11.671/2008.

Ante o exposto, afasto a preliminar arguida pela Procuradoria Regional da República, e, no mérito, *denego a ordem*.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

- Sobre a transferência de preso para penitenciária federal de segurança máxima, veja também o artigo doutrinário “Prisões Federais”, de autoria do Juiz Federal Elcio Arruda, publicado na RTRF3R 100/40, e os seguintes julgados: AgExPe 2008.03.00.048131-0/MS, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicado na RTRF3R 95/115 e o HC 2009.03.00.028254-7/MS, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 98/467.

“HABEAS CORPUS”
0007035-69.2012.4.03.0000
(2012.03.00.007035-0)

Impetrantes: CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTROS
Paciente: ROQUE FABIANO DA SILVEIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO
Classe do Processo: HC 48810
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/04/2012

EMENTA

HABEAS CORPUS - CP, ART. 121, § 2º, III - *MANDAMUS* IMPETRADO CONTRA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - PACIENTE EM SITUAÇÃO DE FUGA DA JUSTIÇA (REFUGIADO NO PARAGUAI), SUPOSTO INTEGRANTE DE QUADRILHA DE CONTRABANDO DE CIGARROS, QUE ESTARIA ENVOLVIDO COMO DE HOMICÍDIO - AUSÊNCIA DE PROVAS CONSISTENTE DE QUE SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO REGULAR NO PARAGUAI (DOCIMÍCIO CERTO E EMPREGO LÍCITO) - PRESENÇA DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas corpus* destinado a viabilizar a revogação da prisão preventiva do paciente, denunciado como mandante do crime de homicídio qualificado que em 27 de outubro de 2006, aproximadamente a 15 km da cidade de Iguatemi, na rodovia MS 295, vitimou o agente da Receita Federal Carlos Renato Zamó.
2. O pedido de extradição do paciente formulado através da Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, foi negado pelas autoridades paraguaias apenas por conta de vício formal.
3. O documento juntado com a impetração, supostamente oriundo de autoridade paraguaia do setor de imigração, dando conta de que Roque Silveira, vulgo “Zero Um”, reside regularmente naquele país desde 1995, o papel não tem a mínima credibilidade porque *não indica o paradeiro* certo do paciente.
4. A tentativa de demonstrar que Roque não é foragido no Paraguai, mas sim habitante regular daquele país, através da juntada de declarações escolares dos seus supostos filhos menores Lucas e Renan, também cai no vazio: o documento escolar de Lucas Duarte Silveira teria sido expedido em 27 de julho de 2010, por uma escola de *Encarnación* (fl. 55); o papel de fl. 56 referente a Renan teria sido expedido em 26 de julho de 2010, por uma escola de *Assunción*. Mas nenhum deles indica o endereço dos menores. Além disso, a geografia mostra que *Encarnación*, onde estaria o menor Lucas na escola básica, é a capital do Departamento de Itapúa e terceira maior cidade do Paraguai, situada nas margens do Rio Paraná e diante da Argentina, distando perto de 365 km de *Assunción*, onde também o menor Renan cursaria a escola básica (fl. 56). Enquanto isso, a impetração insiste em que o paciente encontra-se em *Salto del Guairá*, capital do Departamento de Canindeyú, localizada a 450 km de *Assunción* e, portanto, mais ou menos a 800 km de *Encarnación*.

5. Nenhuma luz se extrai dos documentos de fls. 24/53, pelos quais a impetração deseja fazer com que a Turma julgadora acredite que Roque Fabiano Silveira exerce, no vizinho Paraguai, serviços lícitos de assessoria técnica em agricultura e pecuária a favor do senhor Antonio Guillermo Tormena desde janeiro de 2006. Mas basta ler o texto do papel para se constatar que o mesmo não atende os mínimos requisitos de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, faltando-lhe desde logo a indicação do local aonde o tal serviço seria prestado.
6. O paciente é tido e havido como proprietário da empresa Tabacalera Central S/A, conforme ressaltado até pelo STF quando do julgamento do *habeas corpus* nº 106.288/RS, ocorrido em 1/3/2011. Essa empresa situa-se em *Hernandarias*, e sua produção atinge 579 unidades de cigarros por segundo; ainda, o paciente esteve preso nos Estados Unidos da América depois de ser capturado no aeroporto de Miami e passou dois meses em cárcere como consequência de seu envolvimento com supostos contrabandistas norte-americanos para o fim de introduzir na América do Norte, especialmente nos Estados do Arizona, Carolina do Norte e Califórnia, tudo conforme relatado pela imprensa paraguaia (especialmente o jornal *ABC Collor*, cujo sítio é *www.abc.com.py*) e pelo *The International Consortium of Investigative Journalists* vinculado ao *The Center for Public Integrity*, que mantém sítio noticioso na *internet*. Impossibilidade de reconhecê-lo como autor de trabalhos lícitos.
7. Paciente que se acha em *situação de fuga*, e nesse sentido a jurisprudência do STF e do STJ é ampla no que diz respeito a possibilidade de custódia cautelar (precedentes). Aliás, o STF, nos autos do *habeas corpus* nº 106.288, já avaliou os fundamentos da prisão preventiva do paciente Roque Fabiano Silveira em ação penal diversa, mas sabidamente relacionada aos fatos tratados neste feito.
8. A prisão preventiva foi mantida segundo os pressupostos e motivos autorizadores da medida previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, com a devida indicação dos fatos concretos que justificam sua imposição, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal e artigo 315 do Código de Processo Penal.
9. Ordem de *habeas corpus* 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 de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de abril de 2012.

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 *ROQUE FABIANO SILVEIRA*, objetivando viabilizar a revogação da prisão preventiva decretada nos autos da ação penal nº 0001546-69.2007.4.03.6000, em trâmite na 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, que apura

a prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Em síntese o impetrante pugna pela concessão da ordem para revogar o decreto da prisão preventiva consoante as seguintes razões:

a) a prisão foi decretada e é mantida com “base em meras presunções, desprovidas de qualquer contexto fático concreto para ampará-las” (não demonstrado o *periculum libertatis*);

b) a ausência de fundamento de cautelaridade para a prisão processual, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal;

c) o paciente possui residência fixa (residência no Paraguai há mais de dez anos), exerce atividade laboral lícita e possui advogado constituído nos autos da ação penal, não estando *foragido*;

d) o pedido de extradição foi negado pelo Paraguai;

e) inexistência de fato ou indício que justifique a probabilidade de reiteração delitiva; A impetração veio instruída com os documentos de fls. 20/100.

Informações da autoridade coatora prestadas às fls. 104/111.

A Procuradoria Regional da República, na pessoa da Dra. Samantha Chantal Dobrowolski, opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*. (fls. 113/122)

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Nenhum dos argumentos deduzidos na impetração justifica a revogação da decisão ora atacada.

Inicialmente observo que esta Primeira Turma já examinou a regularidade do decreto de prisão preventiva do paciente nos autos do *habeas corpus* nº 0032764-05.2009.4.03.0000, julgado em 18 de maio de 2010. Naquela oportunidade restou assentado que a prisão cautelar foi decretada em conformidade ao artigo 312 do Código de Processo Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal. É o que se depreende do teor do acórdão a seguir transcrito:

“*HABEAS CORPUS* - PRETENDIDA REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA CONTRA RÉU ACUSADO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E QUE SE ENCONTRA FORAGIDO HÁ QUASE TRÊS ANOS - SITUAÇÃO DISTINTA DA DOS DEMAIS CORRÉUS - ORDEM DENEGADA.

Não há espaço para concessão de ordem de *Habeas Corpus* em favor de réu acusado de homicídio qualificado que se encontra foragido há mais de três anos, ainda mais que contra ele existem sérios indícios de ser o ‘cabeça’ de organização criminosa; ainda, é irrelevante que outros corréus tenham sido soltos porque a situação deles - colaborando com a instrução criminal - é diferente.”

Segundo consta dos autos a defesa recentemente formulou “novo pedido” de revogação da prisão preventiva, o qual veio a ser indeferido pelo Juízo impetrado em 15 de dezembro de 2011 com os seguintes fundamentos:

“Trata-se de pedido de revogação de prisão preventiva formulado por ROQUE FABIANO DA SILVEIRA, aduzindo, em síntese, a inexistência dos requisitos para tanto. Decido. Não procede o pedido de revogação. O crime imputado ao réu é punido com reclusão, além de que se encontra, nos autos, prova da materialidade, como também indícios da autoria. Com efeito, quanto a estes, inferem-se dos muitos relatos constantes do inquérito policial acostado aos autos, que firmam o contexto em que ocorrido o homicídio de Carlos Renato Zamó: este vinha trabalhando para contrabandistas de cigarros do Paraguai, notadamente o acusado e seu sócio conhecido como Polação (Alcides Grejanim); no entanto, por desentendimentos havidos com estes, passou a ‘atrapalhar’ a passagem dos caminhões com mercadoria contrabandeada, o que gerou a insatisfação dos contrabandistas. Assim, surgiu uma situação de inimizade entre esses dois pólos que anteriormente trabalhavam em parceria. Dentro desse contexto, portanto, é que devem ser entendidos os relatos constantes da denúncia, que, assim, não se mostram como meros boatos ou comentários, mas sim amoldam-se à situação fática subjacente ao homicídio, trazendo os indícios de autoria suficientes tanto ao recebimento da denúncia quanto ao decreto de prisão preventiva. Cumpre frisar, nesse ponto, que a decretação de prisão preventiva contenta-se, dentre os seus requisitos, com indícios de autoria, os quais não se confundem com a certeza necessária à condenação criminal - esta, sim, submetida ao princípio *in dubio pro reo*. E indícios, no caso, encontram-se presentes, como demonstrado na fundamentação acima, tanto que a denúncia foi recebida. Quanto ao *periculum in libertatis*, encontra fundamento na garantia da ordem pública, nos termos do art. 313, I, do CPP. Isso porque, dado o envolvimento do acusado em organização criminosa responsável pela prática de diversos crimes, torna-se necessária sua segregação cautelar como forma de obstar a reiteração do cometimento de tais delitos, com desmantelamento das atividades da organização. Também há necessidade da prisão cautelar como garantia da aplicação da lei penal, tendo em vista estar o réu foragido no Paraguai, não havendo comprovação, nestes autos, acerca de sua residência fixa naquele País, nem tampouco de ocupação lícita. Diante desse contexto, mostra-se insuficiente a substituição da prisão decretada por quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, que não seriam suficientes para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nos termos acima expostos. Posto isso, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva”

É de clareza solar que a prisão preventiva foi mantida segundo os pressupostos e motivos autorizadores da medida previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, com a devida indicação dos fatos concretos justificadores de imposição da custódia cautelar, tudo em atenção aos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Desde logo se verifica que a r. decisão mantenedora da preventiva foi tomada após um exame cuidadoso dos fatos atribuídos ao réu - homicídio qualificado - tal como apurados pela autoridade policial, levando em conta o envolvimento do paciente em quadrilha de contrabandistas de cigarros, evento que é apurado *a latere* como consequência da chamada “Operação Bola de Fogo”.

Deveras, no processo em curso na Seção Judiciária do Rio Grande do Sul (nº 2006.71.00.047033-3) consta que Roque Fabiano Silveira, vulgo “Zero Um”, é um dos

quatro integrantes de organização criminosa ou quadrilha voltada ao contrabando e comercialização de cigarros paraguaios no Brasil, responsável também por delitos conexos de descaminho, corrupção ativa e passiva, facilitação ao contrabando e crimes contra o sistema financeiro nacional.

Consta que Roque Fabiano Silveira, vulgo “Zero Um” seria responsável pelo homicídio de um agente da Receita Federal, Carlos Renato Zamó, ocorrido no Estado do Mato Grosso do Sul em 27 de outubro de 2006, aproximadamente a 15 km da cidade de Iguatemi, na rodovia MS 295. A vítima foi encontrada carbonizada no interior de sua própria caminhonete que ardia em chamas ao lado da rodovia, fato que chamou a atenção de um passante o qual acionou a Polícia; a identificação da identidade do cadáver dependeu de exames de DNA. Investigações apontaram que Carlos Renato Zamó favorecia os contrabandistas de cigarros que atravessavam a fronteira entre Paraguai e Brasil, aceitando propinas; desejando o aumento dessas propinas, não teria sido atendido pelos corruptores e por isso resolveu recrudescer a fiscalização aduaneira e “passar informações” à Polícia Federal, o que incomodou os contrabandistas a quem Zamó até então favorecia; para a Polícia Federal o crime teria sido cometido a mando de Roque Fabiano Silveira, vulgo “Zero Um”, acusação encampada pelo Ministério Público Federal na denúncia de fls. 91/97, lastreada em fortes indícios recolhidos no curso do inquérito.

A defesa sustenta a desnecessidade da prisão preventiva do paciente porque o mesmo na verdade não se encontra “foragido” no Paraguai, eis que a presença dele naquele país é regular, em endereço certo, tanto assim que a extradição de Roque, solicitada através da Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, foi indeferida.

Sucede que a documentação acostada aos autos não abona tais assertivas.

Para começar, como bem esclareceu o parecer da Procuradoria Regional da República, a extradição do paciente foi negada apenas por conta de *irregularidade formal* do pedido de cooperação internacional.

Quanto ao documento de fl. 22, supostamente oriundo de autoridade paraguaia do setor de imigração dando conta de que Roque reside regularmente naquele país desde 1995, o papel não tem a mínima credibilidade porque *não indica o paradeiro* certo do paciente.

A tentativa de demonstrar que Roque não é foragido no Paraguai, mas sim habitante regular daquele país, através da juntada de declarações escolares dos seus supostos filhos menores Lucas e Renan, também cai no vazio.

O documento escolar de Lucas Duarte Silveira teria sido expedido em 27 de julho de 2010, por uma escola de *Encarnación* (fl. 55); o papel de fl. 56 referente a Renan teria sido expedido em 26 de julho de 2010, por uma escola de *Assunción*. Nenhum deles indica o endereço dos menores.

Mas a geografia mostra que *Encarnación*, onde estaria o menor Lucas na escola básica, é a capital do Departamento de Itapúa e terceira maior cidade do Paraguai, situada nas margens do Rio Paraná e diante da Argentina, distando perto de 365 km de *Assunción*, onde também o menor Renan cursaria a escola básica (fl. 56). Enquanto isso, a impetração insiste em que o paciente encontra-se em *Salto del Guairá*, capital do Departamento de Canindeyú, localizada a 450 km de *Assunción* e, portanto, mais ou menos a 800 km de *Encarnación*.

Como se vê, tais documentos trazem mais dúvidas do que certezas, por suas disparidades, acerca do suposto o paradeiro “regular” do paciente no Paraguai.

Nenhuma luz se extrai dos documentos de fls. 24/53, pelos quais a impetração

deseja fazer com que a Turma julgadora acredite que Roque Fabiano Silveira exerce, no vizinho Paraguai, serviços lícitos de assessoria técnica em agricultura a favor do senhor Antonio Guillermo Tormena desde janeiro de 2006.

Ora, o paciente é tido e havido como proprietário da empresa Tabacalera Central S/A, conforme ressaltado até pelo STF quando do julgamento do *habeas corpus* nº 106.288/RS, ocorrido em 1/3/2011.

Essa empresa situa-se em *Hernandarias*, e sua produção atinge 579 unidades de cigarros por segundo; ainda, o paciente esteve preso nos Estados Unidos da América depois de ser capturado no aeroporto de Miami e passou dois meses em cárcere como consequência de seu envolvimento com supostos contrabandistas norte-americanos para o fim de introduzir cigarros paraguaios na América do Norte, especialmente nos Estados do Arizona, Carolina do Norte e Califórnia, tudo conforme relatado pela imprensa paraguaia (especialmente o jornal *ABC Collor*, cujo sítio é *www.abc.com.py*) e pelo *The International Consortium of Investigative Journalists* vinculado ao *The Center for Public Integrity*, que mantém sítio noticioso na *internet*.

Por tais razões tenho que não se pode aceitar como real o “contrato” de fl. 24, mesmo porque basta ler o texto do papel para se constatar que o mesmo não atende os mínimos requisitos de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, faltando-lhe desde logo a indicação do local aonde o tal serviço seria prestado.

Não tenho dúvida de que o paciente se acha em *situação de fuga*, e nesse sentido a jurisprudência do STF e do STJ é ampla no que diz respeito a possibilidade de custódia cautelar:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. FUGA DO PACIENTE. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REITERAÇÃO DELITUOSA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. O comportamento do Paciente *de evadir-se* é razão suficiente para a manutenção da prisão preventiva, a fim de garantir a aplicação da lei penal. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública. 3. Ordem denegada.” (HC 101306, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/04/2010, DJe-028 DIVULG 10-02-2011 PUBLIC 11-02-2011 EMENT VOL-02462-01 PP-00054 LEXSTF v. 33, nº 387, 2011, p. 359-370)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU REVEL E FORAGIDO. EXCESSO DE PRAZO. ORDEM DENEGADA. I - Conforme remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, a *fuga* do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva. II - O excesso de prazo na formação da culpa, caso existente, deve-se ao fato do paciente ter sido preso em outro Estado da Federação. III - Ordem denegada.”

(STF - 1ª Turma, HC 95.159/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 12/05/2009)

“EMENTA: PROCESSO PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PACIENTE FORAGIDO. QUEBRA DO COMPROMISSO ASSUMIDO COM O JUÍZO PROCESSANTE. CONSTANTES MUDANÇAS DE ENDEREÇO. PROCESSO QUE SE ARRASTA HÁ MAIS DE 15 ANOS. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A prisão preventiva se acha embasada *na fuga do acusado* como fator de risco para a própria aplicação da lei penal. O que, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal de ‘assegurar a aplicação da lei penal’.

2.

3. Ordem denegada”

(STF - 1ª Turma, HC 97.946/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 30/06/2009)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. DOIS FURTOS QUALIFICADOS. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE, CITADO, NÃO COMPARECEU EM JUÍZO NEM CONSTITUIU ADVOGADO, MANTENDO-SE FORAGIDO DA JUSTIÇA PÚBLICA POR CINCO MESES. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

1. A prisão preventiva foi satisfatoriamente motivada na necessidade da segregação do acusado para garantia da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal, uma vez que o Paciente, após os fatos *evadiu-se do local da culpa*.

2. *Habeas corpus* denegado.”

(STJ, HC 86.217/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2009)

Enfim, é oportuno salientar - como bem destacou a Procuradoria Regional da República no seu parecer - que o STF, nos autos do *habeas corpus* nº 106.288 já avaliou os fundamentos da prisão preventiva do paciente Roque Fabiano Silveira em ação penal diversa, *mas sabidamente relacionada aos fatos tratados neste feito*. Naquela impetração o Ministro Gilmar Mendes afirmou:

“... são inúmeros os elementos e fatos concretos que dão ensejo à regularidade da prisão preventiva. Apenas para exemplificar, cito o fato de o paciente exercer posição de comando na organização criminosa, com ascendência sobre três redes de distribuição para diferentes municípios do Estado do Rio Grande do Sul, sendo o principal responsável por proporcionar a entrada clandestina do cigarro paraguaio. No ponto, o poder de ingerência no grupo pode ser comprovado em trecho do decreto de prisão no qual o paciente cobra de seus ‘subordinados’ explicações sobre a apreensão de um caminhão de sua propriedade, e o porquê de não ter sido feito um ‘acerto’ com os policiais. Merece destacar, ainda, que, nem mesmo após as apreensões já efetuadas pela polícia, bem como o fato de estarem sendo monitorados, foi motivo suficiente para o paciente e seu grupo desistirem da empreitada criminosa.

Assim, observo que a decretação da prisão preventiva tomou como motivação a necessidade de resguardar a ordem pública, considerado o *modus operandi* dos

crimes perpetrados pelo paciente, empiricamente documentado nos autos, demonstrando a sua real periculosidade para a tranquilidade do meio social, dada a concreta probabilidade, e não meramente hipotética, de reiteração delitiva.

Por oportuno, cumpre enfatizar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem se fixado no sentido de reputar legal, a título de preservação da ordem pública, o decreto de prisão preventiva fundado na concreta probabilidade de reiteração criminosa por parte do agente. A propósito, menciono os seguintes precedentes: HC 104.077, Min. Cármen Lúcia, DJ 24.11.2010; HC 98.157, Min. Ellen Gracie, DJ 25.10.2010; e HC nº 99.676, Min. Ayres Britto, DJ 14.5.2010.”

Por tais razões entendo que a prisão preventiva do paciente encontra-se plenamente respaldada nos pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, achando-se suficientemente fundamentada na decisão *a qua* que passa ao largo de “meras presunções”, inexistindo qualquer ilegalidade que justifique sua revogação.

Por estes fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

DIREITO TRIBUTÁRIO

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0040182-81.1996.4.03.6100
(2001.03.99.021347-1)

Parte Autora: ARMAZÉNS GERAIS COLUMBIA S/A
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: REO 690798
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/03/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA PELO NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIAS ROUBADAS. DESCABIDA A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. FORÇA MAIOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O Ato Declaratório Normativo nº 2 de 09/01/1997 expedido pela Secretaria da Receita Federal determinou que a penalidade prevista no art. 521, inciso III, alínea “c”, do Regulamento Aduaneiro não se aplica pela comprovação, fora do prazo, da chegada de mercadoria ao local de destino, nos casos de trânsito aduaneiro previstos na Instrução Normativa SRF nº 8, de 9 de março de 1982, por não competir ao beneficiário do regime comprovar perante a repartição de origem, a entrega da mercadoria na repartição de destino.

II - O fato gerador do imposto de importação reside na entrada de produtos estrangeiros no território nacional (CTN, art. 19). No entanto, não basta a simples entrada física. As mercadorias importadas sob o regime especial de trânsito aduaneiro gozam do benefício da suspensão dos tributos durante seu transporte de um ponto a outro do território nacional.

III - *In casu*, a autoria transportava mercadoria entre o Aeroporto Internacional de São Paulo e sua Estação Aduaneira Interior quando foi vítima de roubo, fato devidamente comprovado nos autos. Portanto, restou caracterizada a ocorrência de força maior, pois não há dúvida de que o roubo do caminhão praticado com o uso de violência constitui-se em caso de força maior, atendendo, à exigência do artigo 480 do Regulamento Aduaneiro.

IV - Reduzidos os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00.

V - Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Cuida-se de ação de rito ordinário, ajuizada em 13 de dezembro de 1996, objetivando a suspensão dos efeitos das inscrições em Dívida Ativa de nºs 80396002615-64 e 80496000606-47, bem como a obtenção de CND relativamente ao processo administrativo nº 10814013894/95-58. Successivamente, pretende ver declarada a inexigibilidade dos créditos referentes aos processos administrativos nºs 10814009596/96-17 e 10814013894/95-58, a nulidade das inscrições acima relatadas e a inexistência de relação jurídica entre a autora e a ré em relação aos débitos apurados nestes processos administrativos. Foi dado à causa o valor de R\$ 87.959,32.

Processado o feito, sobreveio sentença de parcial procedência do pedido para que a autora possa obter a CND decorrente do débito discutido no processo administrativo nº 10814013894/95-58 e para declarar a inexigibilidade dos créditos tributários referidos nos processos administrativos nºs 10814009596/96-17 e 10814013894/95-58, bem como a nulidade daquelas inscrições, declarando, ainda, a inexistência de relação jurídico tributária entre a autora e a ré relativamente aos débitos apurados nestes processos. Fixou a condenação da ré em honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa. Sentença submetida ao reexame necessário.

Não houve interposição de recurso, subiram os autos a este Egrégio Tribunal por força da remessa oficial.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): A autora alega que os débitos inscritos em dívida ativa são originários de dois fatos; o roubo de mercadorias admitidas em território nacional sob o regime de trânsito aduaneiro e o retorno intempestivo de documento comprobatório da chegada das mercadorias à repartição de destino para o retorno ao exterior, também referente a mercadorias sob o regime de trânsito aduaneiro.

Tais fatos acarretaram a interrupção do regime de trânsito aduaneiro e a consequente inscrição em dívida ativa do débito relativo aos tributos incidentes na importação que se encontravam suspensos devido ao regime aduaneiro especial.

Em relação ao débito inscrito em dívida ativa pelo não pagamento da multa aplicada em razão do não encaminhamento tempestivo da documentação que indica o retorno da mercadoria em trânsito à repartição de destino, alegou a autoria tratar-se de cobrança ilegal, pois a multa foi prevista por meio de decreto, contrariando o princípio da legalidade. Aduziu ainda que a mercadoria teria sido entregue à repartição de destino sem prejuízo algum ao erário.

A questão foi superada pelo Ato Declaratório Normativo nº 2 de 09/01/1997 expedido pela Secretaria da Receita Federal, cujo teor se expõe a seguir:

“O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso das atribuições que lhe confere o item II da Instrução Normativa SRF nº 34, de 18 de

setembro de 1974, declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que a penalidade prevista no art. 521, inciso III, alínea 'c', do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 91.030, de 5 de março de 1985, não se aplica pela comprovação, fora do prazo, da chegada de mercadoria ao local de destino, nos casos de trânsito aduaneiro previstos na Instrução Normativa SRF nº 8, de 9 de março de 1982, por não competir ao beneficiário do regime comprovar perante a repartição de origem, a entrega da mercadoria na repartição de destino”.

Como se pode observar, a expedição deste ato normativo colocou fim às interpretações dissonantes a respeito do dispositivo legal, vinculando a ação dos órgãos administrativos encarregados de aplicar as penalidades. Reconhecendo a Administração o direito do autor, fica afastada a controvérsia em relação à multa pelo não encaminhamento tempestivo da documentação que indica o retorno da mercadoria em trânsito à repartição de destino.

Quanto ao imposto de importação informa a autoria que estava transportando mercadoria importada sob o regime de trânsito aduaneiro entre o Aeroporto Internacional de São Paulo e sua Estação Aduaneira Interior, quando foi vítima de roubo, inclusive com o seqüestro do motorista que transportava a carga. Alega que não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento do tributo, pois deixou de recolhê-lo por motivo de força maior.

Razão lhe assiste, conforme jurisprudência consolidada em nossos tribunais abaixo colacionada:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, CPC. ROUBO DE MERCADORIA IMPORTADA, SUJEITA AO REGIME DE TRÂNSITO ADUANEIRO, CARACTERIZA MOTIVO DE FORÇA MAIOR PARA FINS TRIBUTÁRIOS. AFASTAMENTO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. RESPEITO À COISA JULGADA. PRECEDENTES (TRF - 3ª Região, AMS nº 93.03.090095-2, Rel. Des. Fed. Alda Basto, j. 18/07/2007, p. DJU 19/12/2007; TRF - 3ª Região, AMS nº 95.03.053333-3, Rel. Des. Fed. Lúcia Figueiredo, j. 04/06/1997, p. DJ 05/08/1997; TRF - 4ª Região, AC nº 2004.70.00.015845-4, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, j. 30/09/2009, p. D. E. 20/10/2009; TRF - 4ª Região, REOAC nº 2008.70.02.002363-8, Rel. Des. Fed. Otávio Roberto Pamplona, j. 19/05/2009, p. D. E. 03/06/2009; e, REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0205482-15.1998.4.03.6104/SP - Rel. Des. Fed. Salette Nascimento - j. 06 de julho de 2010). AGRAVO IMPROVIDO”.

(TRF3, APELREE 200161030033049, Rel. SALETE NASCIMENTO, v. u., DJF3 CJ1 DATA: 22/07/2011 PÁGINA: 784); e

“TRIBUTÁRIO. TRÂNSITO ADUANEIRO. ROUBO DA MERCADORIA. FORÇA MAIOR. TRIBUTOS E MULTA. INAPLICABILIDADE.

1. O roubo de mercadoria internalizada sob o regime de trânsito aduaneiro configura força maior, afastando a possibilidade de exigência de tributos e aplicação de multa. 2. Somente se comprovada a fraude ou, ainda, a falta de cuidado da empresa transportadora, é que se poderia atribuir-lhe a responsabilidade pelo descumprimento da tarefa de entregar a mercadoria no local predeterminado. Ausência

de prova nesse sentido, nos presentes autos. 3. A efetiva existência do roubo afasta a responsabilidade da transportadora autora pelos tributos incidentes na operação, pois ainda que não tenha sido feita vistoria pela Receita Federal, não foi ela quem deu causa e tampouco concorreu para o extravio das mercadorias. 4. Remessa oficial improvida”.

(TRF4, REOAC 200870020023638, Rel. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, v. u., D. E. 03/06/2009).

Contudo, em relação aos honorários advocatícios, diante do valor da causa, R\$ 87.959,32, impõe-se a sua redução para R\$ 5.000,00, na linha de entendimento firmada nesta Quarta Turma.

Sentença parcialmente reformada, tão somente para reduzir a verba honorária para R\$ 5.000,00.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* à remessa oficial.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0038767-92.1998.4.03.6100
(2000.03.99.030567-1)**

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessado: NOVORUMO TRANSPORTES LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 14ª DE VARA SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP
Classe do Processo: AMS 201330
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2012

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO - EXISTÊNCIA - CORREÇÃO - POSSIBILIDADE.

1. O noticiado parcelamento do débito autoriza a exclusão do nome do contribuinte do Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN. Jurisprudência pacificada do C. STJ e dos TRFs.

2. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de dar parcial provimento à remessa oficial, mantendo a concessão segurança por motivo diverso daquele constante da sentença monocrática, reconhecendo, na realidade, que o parcelamento do débito, nos moldes noticiados, autoriza a exclusão do nome do contribuinte do Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN. Recurso da União Federal improvido.

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, acolher os embargos de declaração, dando-lhes efeitos modificativos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de abril de 2012.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP (Relator): Trata-se de mandado de segurança destinado à exclusão de registro no Cadastro Informativo - CADIN.

A r. sentença monocrática concedeu a segurança para o fim de determinar a exclusão do nome da impetrante do cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais - CADIN.

A União Federal, nas razões de apelação, requereu a reforma da r. sentença concessiva, sendo que na sessão de julgamento de 31 de março de 2011, a 4ª Turma deu provimento à apelação da União Federal, para denegar a segurança, por entender descabida a exclusão pleiteada pelo contribuinte, cuja ementa assim esteve expressa:

**“DIREITO ECONÔMICO - CADIN - MEDIDAS PROVISÓRIAS - VALIDADE
- INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS**

CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS: PEDIDO DE EXCLUSÃO IMPROCEDENTE.

1. A Medida Provisória nº 1.110/95 é dotada de validade. Precedentes.
2. Inexistência de provas da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. Impossibilidade de exclusão do registro do CADIN.
3. Apelação e remessa oficial providas”.

Contra esse v. acórdão, o contribuinte opôs embargos de declaração, informando a inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009, pelo pugnou fosse certificado que as dívidas encontram-se parceladas, de sorte a impedir o registro das mesmas no CADIN.

A União ofereceu manifestou-se nos autos, ocasião em que confirmou a situação fiscal informada.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP (Relator): Verifica-se dos autos que a ora embargante noticiou a existência do parcelamento, antes mesmo do julgamento do recurso de apelação, consoante se infere da petição de fls. 131/143.

A União Federal, inclusive, manifestou-se no sentido de que o presente feito fosse extinto, sem julgamento do mérito, com fundamento no inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil.

Contudo, conforme assinalado, quando do julgamento do presente mandado de segurança foi dado provimento ao recurso de apelação da União Federal e à remessa oficial, para o fim de denegar a segurança, reformando-se, assim, a sentença monocrática que havia determinado a exclusão da parte ora embargante, do Registro no Cadastro Informativo - CADIN, por entender que a matéria não poderia ser regulamentada pela MP nº 1.442/96 e suas reedições.

A impetrante, por seu turno, interpôs embargos de declaração, noticiando, novamente, o parcelamento do débito que ensejava sua notação no CADIN, fato esse confirmado, novamente, pela União Federal.

Feita essas considerações, resulta, portanto, que o noticiado parcelamento do débito autoriza a exclusão do nome do contribuinte do Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN.

Confira-se o julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NO CADIN. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DO NOME DA EMPRESA DO CADASTRO. RESPONSABILIDADE DO INSS PELA BAIXA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em virtude do não-recolhimento de contribuição previdenciária, a empresa teve seus débitos inscritos em Dívida Ativa e seu nome cadastrado nos órgãos negativadores de créditos. Após, o contribuinte requereu ao INSS o parcelamento

dos referidos débitos tributários, o que lhe foi deferido, aderindo, assim, ao Termo de Adesão previsto no art. 5º da Lei 10.684/2003. No entanto, mesmo após a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, por força do parcelamento, o INSS manteve a inscrição da empresa no CADIN. Nesse contexto, a recorrida pleiteou a condenação da autarquia federal ao pagamento de indenização, a título de dano moral.

2. A responsabilidade pela exclusão do nome do devedor adimplente do CADIN é dos órgãos ou entidades credoras. A Lei 10.522/2002, em seu art. 2º, §§ 2º e 5º, dispõe que incumbe ao credor - órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta e indireta - proceder ao registro e à baixa do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes.

3. Esta Corte de Justiça, analisando a responsabilidade do BACEN pela exclusão do nome do devedor do CADIN, concluiu que essa responsabilidade é dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta a que estão vinculados os débitos, os quais possuem as informações sobre seu eventual pagamento. O Banco Central do Brasil funciona como mero gestor do CADIN, de maneira que os entes federais credores são os responsáveis pela inclusão ou exclusão de inscrições no referido cadastro. Destarte, àquele que incluiu o nome da empresa no CADIN incumbe a baixa do referido cadastramento (REsp 495.038/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.4.2005; REsp 494.264/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 21.11.2005; REsp 658.961/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 3.4.2006).

4. Na hipótese dos autos, houve o deferimento do pedido de parcelamento do débito, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 7º, II, da Lei 10.522/2002. Desse modo, deveria o INSS ter excluído o nome da recorrida do cadastro de inadimplentes. Conforme salientado no acórdão recorrido, a referida 'lei exige a comprovação de que a exigibilidade do crédito está suspensa perante o credor, o que, no caso dos autos, ocorreu no momento em que restou perfectibilizado o acordo de parcelamento, ficando o INSS, nos termos da cláusula 13, comprometido "a suspender o curso da cobrança judicial da Dívida Ativa, objeto deste termo, enquanto estiverem sendo cumpridas todas as obrigações nele assumidas"' (fl. 116).

5. O TRF da 4ª Região, com base na cognição exercida sobre o contexto fático-probatório, concluiu que a conduta do recorrente ofendeu a integridade moral da ora recorrida, ensejando diversos constrangimentos - inclusive decorrentes de medidas restritivas de seus créditos bancários -, devendo, por isso, ser responsabilizado pelo pagamento da verba indenizatória, a título de danos morais.

Entretanto, o afastamento das referidas conclusões insertas no acórdão recorrido pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide - especificamente para descaracterizar o ato lesivo, o dano e o nexos causal -, atividade cognitiva inviável nesta instância especial, em atenção à orientação firmada na Súmula 7/STJ.

6. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes gera o dever de indenizar o dano moral. Esta orientação pode ser, analogicamente, aplicada ao caso dos autos, na medida em que a ausência de exclusão do nome da empresa do CADIN

acabou ensejando, ao final, um cadastro indevido, a partir do momento em que realizado o parcelamento do débito tributário.

7. Recurso especial desprovido”.

(REsp 978.031/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 06/05/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência dos e. Tribunais Regionais Federais, a saber:

“TRIBUTÁRIO. *MANDADO DE SEGURANÇA*. EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITOS DE NEGATIVA - CPD-EN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. *EXCLUSÃO DO CADIN*. POSSIBILIDADE. 1. O pedido de *parcelamento* implica a confissão irrevogável e irretroatável de dívida tributária, com a consolidação do crédito tributário, constituindo causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) e, conseqüentemente, garante à parte devedora a expedição de Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa - CPD-EN (art. 206 do CTN). 2. O *parcelamento* do débito autoriza a *exclusão* do nome do contribuinte do Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - *CADIN*. Precedente. 3. Remessa oficial não provida.” (TRF1, REOMS 200001000374948, JUIZ FEDERAL SAULO JOSÉ CASALI, BAHIA, 7ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 05/08/2011, PÁGINA: 353).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. *MANDADO DE SEGURANÇA*. *CADIN*. *EXCLUSÃO*. *PARCELAMENTO*. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSA. I - Nos termos do artigo 7º, da Lei nº 10.522/02, o registro no *CADIN* será suspenso na hipótese de comprovação de ajuizamento de ação com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo ou suspensão da exigibilidade do crédito objeto do registro. II - O *parcelamento* é causa suspensiva da exigibilidade do tributo, a teor do inciso VI, artigo 151, do CTN, fazendo jus a impetrante à *exclusão* de seu nome do rol de inadimplentes. III - Remessa oficial improvida”.

(TRF3, REOMS 200561000044233, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, 4ª Turma, DJU DATA: 25/07/2007, PÁGINA: 584).

“PROCESSUAL CIVIL: EMPRESA PRIVADA. *PARCELAMENTO* DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO EM 240 VEZES. LEI 8.620/93. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. CADASTRO INFORMATIVO DOS CRÉDITOS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES FEDERAIS NÃO QUITADOS - *CADIN*. *EXCLUSÃO* DO NOME DO DEVEDOR. I - No caso, não sendo a autora pessoa jurídica de direito público, nem sociedade de economia mista, sendo empresa de natureza jurídica totalmente privada, não é contemplada com o benefício da amortização da dívida em 240 vezes. II - A inadimplência do devedor, dentre outras conseqüências, proporciona a inscrição de seu nome em cadastros de proteção do crédito, cuja finalidade principal é a proteção de terceiros; no caso, a administração pública, através do Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados -

CADIN. III - Tal cadastro não se reveste, pois, de caráter de sanção ou coerção, eis que trata, tão-somente, de instrumento de consulta dos órgãos públicos para o resguardo de situações onde não se deve privilegiar o mal pagador. IV - Por se tratar de órgão exclusivamente de consulta, o *CADIN* não viola o direito de qualquer contribuinte, na medida em que as informações nele contidas são de interesse apenas da Administração. V - Apelação improvida”.

(AMS 200461260055858, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, 2ª Turma, DJU DATA: 27/04/2007, PÁGINA: 504).

De outro lado, imperioso assinalar a possibilidade, em hipóteses excepcionais, de efeitos *infringentes* aos *embargos de declaração*, em que sanada obscuridade, contradição ou omissão seja modificada a decisão embargada.

Consoante já decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “A possibilidade de atribuição de efeitos *infringentes* ou modificativos a *embargos de declaração* sobre-vém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição, vícios a serem corrigidos no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso”. (EDcl no RMS 32890/AM, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 1ª Turma, DJe 12/12/2011).

Nesse sentido, inclusive, já decidiu essa e. Quarta Turma, consoante se infere do teor do julgado a seguir transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. MEMORIAL DE CÁLCULOS. VALOR MENOR DO QUE O APURADO PELA CONTADORIA DO JUÍZO. *POSSIBILIDADE* DE CORREÇÃO. RESPEITO À COISA JULGADA. No que concerne à prescrição, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, em conformidade com o entendimento sufragado na Súmula 150/STF, que assim dispõe: ‘Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação’. Na hipótese dos autos, verifica-se que o prazo prescricional da ação executória começou a fluir em 23/10/1998 (fl.120), data do trânsito em julgado da sentença exequenda. Em 10/03/1999 (fl.126) a exequente deu início à execução da sentença. Desse modo, é certo afirmar que a pretensão executória não foi alcançada pela prescrição. Pode o juiz determinar a remessa à Contadoria Judicial quando houver controvérsia acerca do montante devido e para adaptar o *quantum debeatur* à sentença de cognição transitada em julgado. A Contadoria Judicial é órgão auxiliar do Juízo, razão pela qual os cálculos por ela elaborados, devem prevalecer, ainda que importe em acréscimo do valor devido, razão pela qual não agrava a situação da executada, tendo em conta que se pretende dar estrito cumprimento ao título judicial trânsito em julgado, o que afasta a tese de julgamento *extra petita*. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1176216, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17.11.2010; REsp nº 1125630, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 01.12.2009; REsp nº 719586; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29.06.2007; e AgRg no Ag 444247, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 19.12.2005. A execução que compromete a verba pública exige a observância dos limites da decisão exequenda, autorizando possíveis correções posteriores, face ao princípio da moralidade que deve reger a administração

pública. *embargos de declaração* acolhidos, dando-lhes *efeitos modificativos*, para o fim de dar provimento ao agravo de instrumento”. (AI 00066169820024030000, DES. FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 CJ1 DATA: 27/10/2011).

Por estes fundamentos, voto no sentido de acolher os *embargos de declaração*, dando-lhes efeitos modificativos para o fim de dar parcial provimento à remessa oficial, mantendo a concessão segurança, mas por motivo diverso daquele constante da sentença monocrática, reconhecendo, na realidade, que o parcelamento do débito, nos moldes noticiados, autoriza a exclusão do nome do contribuinte do Cadastro Informativo dos Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN. No mais, nego provimento ao recurso de apelação da União Federal.

É como voto.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0014411-91.2002.4.03.6100
(2002.61.00.014411-1)

Agravantes: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO E CIA.

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO E CIA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA

Classe do processo: ApelReex 1618673

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2012

EMENTA

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CURSOS DE IDIOMAS PAGOS AOS EMPREGADOS. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS. RAZOABILIDADE DO PERCENTUAL FIXADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL.

1. As empresas não só podem como devem auxiliar seus empregados com o máximo de recursos disponíveis para a profissionalização dos mesmos, melhorando assim suas condições de vida e social. Essa conduta deve receber apoio e estímulo por parte do Estado, e não ser reprimida e sofrer limitações, devendo toda norma infraconstitucional ser interpretada dentro dos contornos sociais constitucionalmente fixados.

2. Ao interpretar os dispostos constantes dos artigos 22 (destinadas a retribuir o trabalho) e 28 (destinadas a retribuir o trabalho) da Lei nº 8.212/91, é de concluir que a despesas assumidas pelas empresas com cursos profissionalizantes para seus empregados não configura pagamento pelo trabalho mas sim para o trabalho, não configurando, desta forma, verbas remuneratórias para todos os fins de direito.

3. O valor de causa é de R\$ 1.342.173,78 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, cento e setenta e três reais e setenta e oito centavos) em 04/06/2002, mostrando-se bastante razoável a aplicação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil e, considerando o nível de complexidade do caso bem como os demais requisitos das alíneas constantes do § 3º do mesmo dispositivo legal, a verba honorária deve ser reduzida para 1% (um por cento) do valor da causa atualizado.

4. Agravos legais improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de março de 2012.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Cuida-se de agravos legais interpostos contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, do CPC, que deu parcial provimento à remessa oficial e recurso de apelação da União, tão-somente para reduzir a condenação da verba honorária para 1% do valor de causa devidamente atualizado.

A autora pugna pela majoração da verba honorária, ao argumento de esta foi fixada em valor muito inferior ao mínimo legal previsto no art. 20, § 3º, do CPC.

A União postula a reforma da decisão ao argumento de que não cabe, na espécie, o julgamento monocrático, nos termos do art. 557, do CPC, e, no mérito, reitera os fundamentos do apelo.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Não vislumbro, nos argumentos aduzidos pelos agravantes, razões que infirmem a decisão monocrática proferida, motivo pelo qual retomo seus fundamentos:

“Trata-se de remessa oficial e recuso de apelação da União contra a sentença que julgou procedente o pedido de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO & CIA. para o fim de afastar a natureza salarial dos valores despendidos pela empresa a título de custeio de cursos de idiomas para seus empregados, afastando, por corolário, referidas verbas da base de cálculo de contribuições previdenciárias, ao SAT e de verbas destinadas a terceiros, e assim anular o crédito previdenciário constituído na NFLD nº 32.297.788-6 referente ao período de 01/89 a 12/97, bem como condenou a União no pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Em suas razões, a União sustenta que referidas despesas caracterizam-se como benefícios indiretos concedidos pela Empresa aos seus funcionários, e, por conseguinte, têm natureza salarial, nos termos do artigo 28, inciso I, da Lei 8.212/91.

Por sua vez, a autora defende tratar-se de custeio de cursos de inglês destinados à profissionalização de seus empregados, necessária à própria atividade fim da empresa, não se confundindo com verbas de natureza salarial, afastando-se da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Em anexo, segue o processo administrativo constante de 17 volumes.

É o breve relatório.

Fundamento e decido.

O recurso comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. Acerca da Seguridade Social, assim dispõe a Constituição Federal:

‘Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

...'

Atendendo aos ditames constitucionais, foi editada a lei nº 8.212/91 que instituiu a Lei Orgânica da Seguridade Social que dispõe sobre o Plano de Custeio da Seguridade, assim dispondo:

‘Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

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.

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

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.’

Outrossim, encontramos no artigo 28 da Lei nº 8.212/91, a composição do salário-de-contribuição, base de cálculo para as contribuições sob análise:

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou

acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

II - ...

III - ...

IV - ...

§ 1º ao § 8º (*omissis*)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

...

t) o valor relativo a plano educacional que vise ao ensino fundamental e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

...?

Verifica-se, pois, que a natureza da verba de custeio de cursos de idiomas, sob a vigência de quaisquer das normas acima mencionadas, é a essência da controvérsia posta nos autos, a fim de se verificar se foi incluída ou não na base de cálculo do tributo pelo legislador.

Quanto a natureza de verbas salariais, impende destacar o conceito trazido pela Legislação Trabalhista, *in verbis*:

‘Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que fôr cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados.

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas

§ 1º Os valores atribuídos às prestações “in natura” deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82).

§ 2º Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I - vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II - educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III - transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

V - seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI - previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VII - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

§ 3º - A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário-contratual. (Incluído pela Lei nº 8.860, de 24.3.1994)

§ 4º - Tratando-se de habitação coletiva, o valor do salário-utilidade a ela correspondente será obtido mediante a divisão do justo valor da habitação pelo número de co-habitantes, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família. (Incluído pela Lei nº 8.860, de 24.3.1994)'

Note-se que, mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei nº 10.243/01, a norma generalizava que acessórios fornecidos ao empregado para a prestação dos serviços não eram considerados como salário. De toda forma, o requisito de pagamento pelo trabalho, jamais foi afastado.

Com base na legislação acima citada, é possível uma análise e interpretação conclusiva acerca da natureza jurídica das verbas despendidas à formação e educação dos trabalhadores, seja para seu desenvolvimento pessoal no âmbito social seja em benefício de sua profissionalização no interesse da empresa.

De plano, impende destacar a finalidade social da empresa que ultrapassa seu potencial de geradora de lucros e de geradora de empregos, em observância ao primado constitucional do amplo emprego.

É que a empresa existe, socialmente, para além de gerar lucro e emprego, para gerar e cuidar do bem estar do seu empregado. Assim, seguindo o norte programático das normas constitucionais, cumpre às empresas, para além de suas finalidades lucrativas, desenvolver e implementar o bem estar de seus empregados. Assim sendo, considerando que toda norma infraconstitucional deve retirar fundamento da norma constitucional, a interpretação das normas seguirá, forçosamente,

o programa social e garantista da Constituição Federal de 1.988, da qual destaco do Título da Ordem Social:

‘Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.’

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

E ao interpretar as norma infraconstitucionais acima citadas, não resta dúvida de que o investimento realizado pelas empresas a título de formação profissional para os seu empregados, vai ao encontro do norte constitucional sem qualquer vinculação às verbas de natureza salarial, não podendo assim compor a base de cálculo para as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração dos empregados.

Qualificar os empregados para bem atenderem as finalidades da empresa oferecendo-lhes cursos de idiomas, além da atender os interesses da própria empresa - há que se destacar, está qualificando a pessoa humana para atingir melhores patamares sociais e profissionais no próprio mercado de trabalho, mostrando-se contraditório que essa conduta enseje nova contribuição social, considerando que ela própria já atende uma finalidade social e às custas da empresa em colaboração com a atividade Estatal na busca do pleno emprego e da capacitação profissional. Assim sendo, as empresas não só podem como devem auxiliar seus empregados com o máximo de recursos disponíveis para a profissionalização dos mesmos, melhorando assim suas condições de vida e social. Essa conduta deve receber apoio e estímulo por parte do Estado, e não ser reprimida e sofrer limitações, devendo toda norma infraconstitucional ser interpretada dentro dos contornos sociais constitucionalmente fixados.

Fixadas essas premissas, ao interpretar os dispostos constantes dos artigos 22 (destinadas a retribuir o trabalho) e 28 (destinadas a retribuir o trabalho) da Lei nº 8.212/91, é de concluir que a despesas assumidas pelas empresas com cursos profissionalizantes para seus empregados não configura pagamento pelo trabalho mas sim para o trabalho, não configurando, desta forma, verbas remuneratórias para todos os fins de direito.

Outrossim, alínea ‘t’ do § 9º (Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente) do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528 de 10.12.97, ou com a redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998) alcança as despesas demonstradas nestes autos como curso de capacitação e qualificação profissionalizante, sendo certo que anteriormente às alterações mencionadas, a norma não era explícita quanto ao tema, não obstante refletia o mesmo entendimento ora apresentado.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais:

‘TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. AUXÍLIO-EDUCAÇÃO. VERBA DESPROVIDA DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA CDA. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO POR SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE MATÉRIA

FÁTICA. 1. O auxílio-educação, embora contenha valor econômico, constitui investimento na qualificação de empregados, não podendo ser considerado como salário *in natura*, porquanto não retribui o trabalho efetivo, não integrando, desse modo, a remuneração do empregado. É verba empregada para o trabalho, e não pelo trabalho. 2. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais ditos violados atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Inviável o reexame de matéria de prova em sede de recurso especial (Súmula 07/STJ). 4. Recurso especial a que se nega provimento.’

STJ - RESP 324178 - PRIMEIRA TURMA - MIN. DENISE ARRUDA - DJ 17/12/2004 PG: 00415.

‘PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. VERBAS CREDITADAS A TÍTULO DE AUXÍLIO EDUCAÇÃO E AUXÍLIO MATRIMÔNIO. 1. “O auxílio-educação, embora contenha valor econômico, constitui investimento na qualificação de empregados, não podendo ser considerado como salário *in natura*, porquanto não retribui o trabalho efetivo, não integrando, desse modo, a remuneração do empregado. É verba empregada para o trabalho, e não pelo trabalho.” (RESP 324.178-PR, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 17.12.2004). 2. *In casu*, o auxílio-educação é pago pela empresa em forma de reembolso das mensalidades da faculdade, cursos de línguas e outros do gênero, destinados ao aperfeiçoamento dos seus empregados. Precedentes: REsp 324178/PR, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, DJ. 17.02.2004; AgRg no REsp 328602/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02.12.2002; REsp 365398/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ. 18.03.2002. 3. O auxílio matrimônio, fornecido uma única vez ao empregado, por ocasião de suas primeiras núpcias, não integra o salário-de-contribuição, porquanto ausente a habitualidade do seu pagamento. 4. Recurso Especial provido.’

STJ - RESP 676627 - PRIMEIRA TURMA - MIN. LUIZ FUX - DJ 09/05/2005 PG: 00311.

‘TRIBUTÁRIO - ANULATÓRIA DE DÉBITO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO, ABONOS - NATUREZA SALARIAL - SUBSÍDIO ESCOLAR - CARÁTER INDENIZATÓRIO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A NFLD em questão preenche todos os requisitos legais. 2. A previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide “sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título”, aqui abrangidas outras remunerações que não salário (art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91). 3. A gratificação por tempo de serviço possui evidente natureza salarial, uma vez que seu pagamento é sucessivo e habitual. 4. O abono salarial integra o salário, nos termos do artigo 457, § 1º, da CLT. 5. A concessão de “subsídio escolar” aos funcionários por parte da apelante possui ele caráter indenizatório e trata de verdadeiro investimento na qualificação dos empregados que não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária. Precedentes. 6. Ainda, conforme se verifica do laudo do perito judicial restou comprovado que “a política de reembolso escolar objetiva a capacitação profissional e intelectual” dos funcionários da embargante e que está ela “aberta a todos os funcionários da autora”. 7. As partes deverão arcar com os honorários de seus patronos e a ré deverá reembolsar a metade dos honorários periciais pagos pela autora, devidamente atualizada, em virtude de haver ocorrido

a sucumbência recíproca, nos termos do disposto no “caput” do artigo 21 do Código de Processo Civil. 8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.’ TRF3 - APELREE 1044905 - PRIMEIRA TURMA - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO - DJF3 CJ1 01/12/2010 PÁGINA: 456.

‘TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO *IN NATURA*. AUXÍLIO-EDUCAÇÃO. VERBAS DE NATUREZA NÃO SALARIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. MULTA. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, ou seja, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, com o intuito de proporcionar um incremento da produtividade e da eficiência funcionais, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir verba de natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. A *contrario sensu*, quando o auxílio-alimentação for pago em pecúnia (inclusive mediante o fornecimento de tíquetes) ou creditado em conta-corrente, em caráter habitual, integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária. 2. O auxílio-educação para que os empregados freqüentem cursos de nível superior não possui natureza salarial, uma vez que se trata de investimento realizado em favor da empresa, visando à qualificação profissional dos empregados. 3. A CDA nº 35.516.402-7 foi emitida pela embargada em razão da aplicação de multa à embargante, fundamentada nas informações incorretas fornecidas pela embargante, relacionadas ao lançamento dos valores de alimentação e bolsas de estudos como verbas não sujeitas à incidência da contribuição social. Considerando o entendimento de que os lançamentos efetuados pela embargada foram realizados corretamente, não há base fática para a aplicação da multa e conseqüente inscrição do débito em dívida ativa. 4. No caso *sub judice*, a verba honorária deve ser majorada para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), tendo em vista o valor vultoso da causa, conforme parâmetros desta Turma.’

TRF4 - APELREEX 200572120011777 - SEGUNDA TURMA - DES. FED. MARCIANE BONZANINI - D. E. 21/01/2009.

‘TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA EM SEPARADO SOBRE O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. DECRETO Nº 612/92. LEI Nº 8.620/93. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. PRAZO DECADENCIAL. BENEFÍCIO A EMPREGADOS. BOLSA EDUCACIONAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. VALETRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AFERIÇÃO INDIRETA. 1. O § 7º do art. 37 do Decreto nº 612/92, ao determinar a incidência da contribuição sobre o décimo terceiro salário mediante aplicação, em separado, das alíquotas estabelecidas na legislação, contraria a disciplina legal, criando um novo e específico salário-de-contribuição e modificando a própria base de cálculo da exação, definida em lei. 2. A partir da edição da Lei nº 8.620/93, passou a haver expressa previsão legal da incidência das alíquotas em separado sobre o décimo terceiro salário. 3. Uma vez que a Lei nº 8.620/93 conferiu eficácia ao Decreto nº 612/92, a partir de 06-01-93, e aos Decretos nº 2.173/97 e 3.048/99, o acolhimento

da pretensão autoral resulta destituído de efeito, inexistindo qualquer parcela a ser afastada. 4. É absolutamente inviável a aplicação conjunta dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN, somando-se o prazo da homologação tácita com o prazo propriamente dito de decadência, por implicar a aplicação cumulativa de duas causas de extinção do crédito tributário. 5. Havendo o pagamento antecipado do tributo, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia útil posterior ao fato gerador da contribuição. Findo este prazo, está definitivamente constituído o crédito tributário, sendo vedado ao Fisco realizar qualquer lançamento de ofício, consumando-se a decadência. 6. É inconstitucional o *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar. 7. O rol do parágrafo 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 não é taxativo, devendo ser examinado, no caso concreto, se a parcela paga ao empregado possui natureza salarial, caracterizando-se como salário-de-contribuição. 8. O auxílio para que os empregados freqüentem cursos de nível superior e de pós-graduação não possui natureza salarial. Cuida-se de investimento realizado em prol da empresa, pois visa à qualificação intelectual dos empregados, compatibilizando-se os cursos enquadrados no Programa com a atividade desenvolvida pela autora. 9. A Lei nº 7.418/85 determina a aquisição dos vales-transporte pelo empregador, implicitamente afastando o pagamento em dinheiro. O Decreto nº 95.247/87 apenas explicitou o conteúdo legal, descrevendo os comportamentos do empregador que não poderiam ser adotados. Essa estipulação visa assegurar o cumprimento do objetivo almejado pelo legislador, que é de efetivamente indenizar os gastos do empregado com transporte, cuja obtenção não estaria garantida caso utilizada outra maneira de retribuição. 10. A prestadora de serviços é o sujeito passivo da obrigação de recolhimento da contribuição previdenciária de seus empregados e outros que lhe prestam serviços. O fisco deve, primeiro, verificar a contabilidade ou examinar os documentos do contribuinte e, se inexistente ou insuficiente o recolhimento, constituir o crédito tributário. 11. O benefício de ordem relaciona-se com o momento da exigibilidade da obrigação e não com o da sua constituição; logo, tão somente após a constituição definitiva do crédito tributário em face do contribuinte, poder-se-á exigir o pagamento dos valores tanto da prestadora quanto da tomadora, sem benefício de ordem. 12. Não é válida a presunção de que os recolhimentos são irregulares, se o valor recolhido não equivale a 40% das notas fiscais ou faturas, sem que tenha havido a efetiva verificação da contabilidade ou das folhas de pagamento da empresa prestadora de serviço. A lei autoriza a aferição indireta apenas quando houver irregularidade na escrituração contábil, recusa ou sonegação de documento ou informação ou apresentação deficiente.’

TRF4 - AMS 200070000031229AMS - PRIMEIRA TURMA - DES. FED. WELLINGTON MENDES DE ALMEIDA - DJ 05/10/2005 PÁGINA: 506.

No tocante à condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, tenho que a r. sentença deve ser reformada.

O valor de causa é de R\$ 1.342.173,78 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, cento e setenta e três reais e setenta e oito centavos) em 04/06/2002, mostrando-se bastante razoável a aplicação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil e, considerando o nível de complexidade do caso bem como os demais

requisitos das alíneas constantes do § 3º do mesmo dispositivo legal, a verba honorária deve ser reduzida para 1% (um por cento) do valor da causa atualizado. Nesse sentido, entendimento firmado no C. STJ pelo regime de recurso representativo de controvérsia:

‘A Seção, ao apreciar o recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. nº 8/2008-STJ), reafirmou que, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação nos termos do art. 20, § 4º, do CPC ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. Nas demandas de cunho declaratório, até por inexistir condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários devem ser fixados com referência no valor da causa ou em montante fixo. Tratando-se de ação ordinária promovida pelo contribuinte para obter a declaração judicial de seu direito à compensação tributária segundo os critérios definidos na sentença - não havendo condenação em valor certo, já que o procedimento deverá ser efetivado perante a autoridade administrativa e sob os seus cuidados -, devem ser fixados os honorários de acordo com a apreciação equitativa do juiz, não se impondo a adoção do valor da causa ou da condenação, seja porque a Fazenda Pública foi vencida, seja porque a demanda ostenta feição nitidamente declaratória. Diante disso, a Seção negou provimento ao recurso. Precedentes citados: EREsp 644.736-PE, DJ 17/12/2007; REsp 1.002.932-SP, DJe 18/12/2009; EREsp 747.013-MG, DJe 3/3/2008; REsp 1.118.774-RS, DJe 10/2/2010; REsp 1.000.106-MG, DJe 11/11/2009; REsp 779.524-DF, DJ 6/4/2006; REsp 726.442-RJ, DJ 6/3/2006; AgRg nos EDcl no REsp 724.092-PR, DJ 1º/2/2006; REsp 1.117.685-MT, DJe 11/2/2010; AgRg no REsp 844.572-DF, DJe 18/11/2009; REsp 1.137.738-SP, DJ 1º/2/2010; REsp 707.795-RS, DJe 16/11/2009; REsp 1.000.106-MG, DJe 11/11/2009, e REsp 857.942-SP, DJe 28/10/2009.’ REsp 1.155.125-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10/3/2010.

Por todo o exposto, com fundamento do parágrafo 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à remessa oficial e recurso de apelação da União, tão-somente para reduzir a condenação da verba honorária para 1% do valor de causa devidamente atualizado.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem. Intimem-se.”

Ante o exposto, nego provimento aos agravos legais.

É o voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000397-79.2004.4.03.6182
(2004.61.82.000397-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO
Apelada: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 1311539
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/03/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. REFRIGERANTE “POST-MIX”. COMERCIALIZAÇÃO EM VOLUME INFERIOR AO CONTEÚDO NOMINAL. ADIÇÃO DE GELO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Autuação em razão da comercialização de refrigerante, pelo sistema “post mix”, em copo descartável com volume inferior ao conteúdo nominal.

II - Alegação da Embargante de que tal diferença deve-se ao fato de que o fiscal metrológico teria retirado do refrigerante o gelo, o qual é essencial para a manutenção da qualidade do produto.

III - Conforme documento acostado aos autos pela própria Embargante, o gelo, em contato com o refrigerante, ajuda a manter o gás carbônico por mais tempo e sua ausência somente torna a bebida mais doce e densa, uma vez que aquele ajuda a diluir o xarope, não implicando em uma diferença significativa de produto.

IV - Cabe à Apelada fornecer o refrigerante na quantidade efetivamente comprada pelo consumidor, independentemente do acréscimo ou não de gelo.

V - Precedentes desta Turma.

VI - Honorários advocatícios devidos pela Embargante, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizado de acordo com a Resolução nº 134/10, do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento desta Sexta Turma e à luz dos critérios constantes do § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

VII - Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de março de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):
Trata-se de embargos à execução fiscal, opostos por *ARCOS DOURADOS COMÉRCIO*

DE ALIMENTOS LTDA., atual denominação de MCDONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., contra o *INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL - INMETRO*, objetivando a desconstituição do título executivo.

Afirma a Embargante tratar-se de autuação lavrada pelo IPEM - SP, órgão delegado do INMETRO, por supostas infrações ao art. 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e ao item 4.3.1, do Regulamento Técnico Metrológico aprovado pela Portaria INMETRO nº 199/93.

Segundo o laudo, a Executada estaria vendendo refrigerante em embalagens descartáveis com diferença de volume inferior ao permitido.

Acrescenta que os fiscais do IPEM, em diversas lojas da rede McDonald's, dirigiram-se ao balcão e requisitaram um refrigerante, o chamado "post mix", como se fossem consumidores, e só após o recebimento do produto se identificaram.

Aduz a Embargante que o refrigerante denominado "post mix" consiste em um xarope de refrigerante, água em forma líquida, gás carbônico e água em forma de gelo, sendo que a utilização deste último é recomendação do próprio fabricante do produto, e tem como função manter o gás carbônico por mais tempo no refrigerante.

Acrescenta que o laudo pericial apresentado nos autos da execução fiscal reafirma essa necessidade científica de se adicionar gelo no refrigerante vendido no sistema "post mix" para manter o gás carbônico, bem como que nesse sistema de venda de refrigerante, o fabricante fornece apenas o xarope previamente formulado, sendo que a água (tanto na forma líquida como em gelo) e o gás carbônico são obtidos nos locais de comercialização.

A mistura dos componentes (xarope, água líquida e gás carbônico) de tais refrigerantes é feita em máquinas reguladas e desenvolvidas para isso, e ocorrem no momento do enchimento do copo, o qual deve conter água em forma de gelo. Ainda, o próprio fabricante do refrigerante faz vistorias nos estabelecimentos que o vendem pelo sistema "post mix", para assegurar o cumprimento das orientações fornecidas.

Argumenta que a importância do resfriamento nesse sistema reside no fato de que o gás carbônico é mais solúvel em água em temperaturas mais baixas, o que impede seu rápido desprendimento do refrigerante.

Pondera que todos os procedimentos de fiscalização e autuação foram acompanhados por funcionários do estabelecimento e em todas as medições da quantidade de líquido do refrigerante houve a retirada das pedras de gelo, o que caracteriza uma alteração substancial na qualidade e na composição do produto desejado, uma vez que o produto torna-se mais concentrado em xarope e fica mais adocicado, estando tal procedimento, assim, contrário à legislação vigente.

Com efeito, a Resolução CONMETRO nº 11/88, em seu capítulo VI, item 36, alínea "a", é explícita ao determinar que o órgão metrológico promoverá a retirada de amostras mediante recibo, no qual se especificará a mercadoria e seu estado de inviabilidade.

Todavia, a retirada da água em forma de gelo altera não só a composição do refrigerante vendido no sistema "post mix", como também acarreta a perda de volume, uma vez que o gelo é vazado. Assim, quando retirado o gelo, também é retirada determinada quantidade dos outros componentes do produto (xarope, água e gás carbônico), o que causa a diminuição de seu volume.

Acrescenta que a Resolução nº 11/48, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, estipula a temperatura de 20°C toda vez que a variação de temperatura influa sensivelmente na medição, bem como que as normas do INMETRO NIE-DIMEL 022, ao instituir o procedimento de medição no item 7.2.3, estipula que a temperatura deve estar a 20°C, com variação de 2°C para mais ou para menos, e a NIE-DIMEL 026, em seu item 8.2, requer uma temperatura entre 20°C e 25°C.

Em razão disso, contendo o produto pedras de gelo, o fiscal deveria ter esperado o derretimento do gelo e a estabilização da temperatura nos parâmetros estipulados pela legislação para então proceder à medida, pois não existe gelo à temperatura de 20°C e os agentes metrológicos deveriam respeitar a inviolabilidade do produto.

Sustenta a Embargante que a medição, para ser tida como válida, e para refletir com precisão a situação encontrada pelo agente fiscalizador, deve levar em consideração, além das normas técnicas previstas em lei: a) o manuseio da mercadoria; b) a inviolabilidade do produto; e c) a necessidade de se fazer medição em ambiente e condições próprias para a exatidão que a lei exige.

Todavia, nenhuma dessas condições básicas foi observada pelo agente fiscalizador, vez que este apenas solicitou ao atendente um copo de 300 ml de “coca cola”, retirou as pedras de gelo, transferiu o refrigerante para outro copo e efetuou a medição no próprio balcão da loja e, concluindo haver erro no volume no montante de - 8,33%, lavrou o auto de infração em questão.

Aduz, outrossim, que, ao estabelecer as regras de medição de volume por meio de medidas de capacidade descartáveis, o item 4.2 da Portaria INMETRO nº 199/93, somente determina que “para o correto preenchimento da medida, o nível do produto, objeto da comercialização, deve tangenciar a parte inferior da referência de enchimento, excluída a espuma ou o creme”, não fazendo menção à extração de gelo no ato da medição, sendo que, no caso concreto, sua presença é necessária, uma vez que é parte integrante do produto vendido.

Ao final, pondera que, nos termos da Portaria INMETRO nº 199/93, os erros máximos tolerados nas medições com medidas de capacidade descartáveis são de 8% (oito por cento) do volume nominal para volumes nominais inferiores a 100 ml e 5% (cinco por cento) para aqueles superiores a 100 ml (fls. 02/10).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 11/37 e outros foram juntados às fls. 42/51, em cumprimento ao despacho de fl. 38.

Impugnação às fls. 55/81, acompanhada da documentação de fls. 82/85.

Os embargos foram julgados procedentes, para anular a multa imposta e desconstituir o título executivo, com condenação do Embargado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa (fls. 97/104).

O INMETRO interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, aduzindo que, nos termos da Resolução CONMETRO nº 11/88 e da Portaria INMETRO nº 199/93, na fiscalização da quantidade líquida das mercadorias pré-medidas, deve-se atentar para o produto principal exposto à venda.

Outrossim, o consumidor, ao adquirir o refrigerante comercializado pela Apelada, não tem a intenção de comprar gelo em pedras, mas sim, o produto realmente exposto à venda, qual seja, o refrigerante “coca cola”.

Acrescenta que, se as pedras de gelo fossem essenciais na composição do produto em tela, vendido no sistema “post mix”, deveriam ser fornecidas pela própria máquina, em ato único, contrariamente ao que ocorre.

Pondera, ademais, que o refrigerante “coca cola”, com ou sem pedras de gelo, é um produto único, porquanto caso não fosse, estaria configurada verdadeira fraude, em detrimento do consumidor.

Ao final, sustenta que, se a Apelada comercializa refrigerantes em copos de 300 ml, deve fornecer a quantidade anunciada para o efetivo consumo, ressalvada a tolerância admitida pela legislação metrológica. Desse modo, se o gelo é necessário para manter a qualidade do produto, segundo o entendimento da Embargante, deve acrescentá-lo à quantidade solicitada pelo consumidor, sem prejuízo desta (fls. 108/119).

Com contrarrazões (fls. 122/129), subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial foi instituído pela Lei nº 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Referida Lei também criou o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º).

Por sua vez, em seu art. 9º, definiu como infração o desrespeito a dispositivos da Lei nº 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizou o infrator como aquele que pratica a infração e definiu quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Quanto à legalidade da aplicação de penalidade com fundamento em Portaria do INMETRO ou Resolução do CONMETRO, firmou-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM PORTARIA DO INMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, ‘uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais’ (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

2. Ademais, ‘a Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato

normativo' (REsp 597.275/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).
3. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.”
(STJ, 1ª Turma, REsp 1107520, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 18.06.2009, D. E. de 05.08.2009).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.933/99, a qual prevê:

“Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

§ 1º Os regulamentos técnicos deverão dispor sobre características técnicas de insumos, produtos finais e serviços que não constituam objeto da competência de outros órgãos e de outras entidades da Administração Pública Federal, no que se refere a aspectos relacionados com segurança, prevenção de práticas enganosas de comércio, proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal, e com o meio ambiente.

§ 2º Os regulamentos técnicos deverão considerar, quando couber, o conteúdo das normas técnicas adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;

II - elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados;

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer o poder de polícia administrativa na área de Avaliação da Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados ou por competência que lhe seja delegada;

V - executar, coordenar e supervisionar as atividades de Metrologia Legal em todo o território brasileiro, podendo celebrar convênios com órgãos e entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para esse fim.

Art. 4º O Inmetro poderá delegar a execução de atividades de sua competência. Parágrafo único. No que se refere às atribuições relacionadas com a Metrologia Legal e a Certificação Compulsória da Conformidade, dotadas de poder de polícia

administrativa, a delegação ficará restrita a entidades públicas que reúnam os atributos necessários para esse cometimento.

Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Art. 6º É assegurado ao agente público fiscalizador acesso à empresa sob fiscalização, a qual se obriga a prestar, para tanto, as informações necessárias, desde que com o objetivo de verificação do controle metrológico e da qualidade de produtos, bem assim o ingresso nos locais de armazenamento, transporte, exposição ou venda de produtos.

Art. 7º Constituir-se-á em infração a esta Lei, ao seu regulamento e aos atos normativos baixados pelo Conmetro e pelo Inmetro a ação ou omissão contrária a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por essas normas nos campos da Metrologia Legal e da Certificação Compulsória da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

Parágrafo único. Será considerada infratora das normas legais mencionados no *caput* deste artigo a pessoa natural ou a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, que, no exercício das atividades previstas no art. 5º, deixar de cumprir os deveres jurídicos pertinentes a que estava obrigada.

Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que detiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - interdição;
- IV - apreensão;
- V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, obedecerá os seguintes valores:

- I - nas infrações leves, de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);
- II - nas infrações graves, de R\$ 200,00 (duzentos reais) até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais);
- III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração:

- I - a vantagem auferida pelo infrator;
- II - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;
- III - o prejuízo causado ao consumidor.

§ 2º As multas previstas neste artigo poderão ser aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que trata o art. 8º e de graduação da multa prevista neste artigo.

§ 4º Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.”

Assim, utilizando seus poderes normativo e regulamentar, respectivamente, o CONMETRO e o INMETRO baixaram a Resolução nº 11/88 e a Portaria nº 199/93, dispendo sobre a medição de volume e estabelecendo os erros tolerados.

Na hipótese dos autos, a Apelada foi autuada pela comercialização de refrigerante, pelo sistema “post mix”, em copo com conteúdo nominal de 300 ml, mas com volume real inferior do produto.

Alega a Embargante que tal diferença deve-se ao fato de os agentes fiscalizadores terem retirado dos refrigerantes amostrados o gelo, o qual é servido com os demais componentes do produto (xarope, água líquida e gás carbônico) e essencial para a manutenção da qualidade do produto.

Segundo o laudo pericial produzido em igual situação, em outro processo, e acostado pela Embargante à inicial, o gelo, em contato com o refrigerante, ajuda a manter o gás carbônico (CO²) por mais tempo.

Por sua vez, consta do mesmo documento que a ausência de gelo somente torna a bebida mais doce e densa, uma vez que o gelo ajuda a diluir o xarope do refrigerante, não havendo, efetivamente, uma diferença significativa entre o produto com ou sem gelo, podendo o consumidor optar por uma ou outra opção, sem que isso represente a escolha de outro refrigerante.

Portanto, caberia à Apelada fornecer o refrigerante na quantidade efetivamente comprada pelo consumidor, independentemente do acréscimo ou não de gelo.

Nesse sentido, registro julgado desta Sexta Turma, em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTUAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. CAPACIDADE REAL DO REFRIGERANTE PELO ‘SISTEMA POST-MIX’ INFERIOR À CAPACIDADE NOMINAL. (...)

2. Autuação em razão de comercialização de refrigerante, pelo sistema ‘post-mix’, em copo com capacidade nominal maior do que capacidade real, defendendo-se a autuada sob o fundamento de que a suposta diferença entre a capacidade nominal e a capacidade real dever-s-ia ao fato de a autoridade administrativa ter retirado dos refrigerantes amostrados o gelo, sendo que tal gelo, pelo sistema ‘post mix’, é servido com o xarope dos refrigerantes.

3. Segundo o laudo pericial, o gelo em contato com o refrigerante ajuda a manter o CO² por mais tempo. Já a ausência de gelo tão somente torna o refrigerante mais doce e denso, o que é natural, já que o gelo ajuda a diluir o xarope do refrigerante.

4. Não há, efetivamente, uma diferença entre o refrigerante com ou sem gelo, tanto que o consumidor pode optar por uma ou outra opção sem que isso represente a

escolha de outro refrigerante, cabendo ao ora apelado fornecer a quantidade anunciada de refrigerante em volume igual ao efetivamente vendido, independentemente do gelo acrescentado ou não.

(...)”

(TRF - 3ª Região, 6ª T., APELREEX 795962, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 09.02.2012, TRF3 CJ1 de 16.02.2012).

Por fim, tendo decaído integralmente do pedido, deve a Embargante ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizado de acordo com a Resolução nº 134/10, do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento desta Sexta Turma e à luz dos critérios constantes do § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

Isto posto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, para reformar a sentença, julgando improcedentes os embargos, com condenação da Embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizado de acordo com a Resolução nº 134/10, do Conselho da Justiça Federal, consoante o entendimento desta Sexta Turma e à luz dos critérios constantes do § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
0103403-19.2007.4.03.0000
(2007.03.00.103403-4)

Recorrente: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: NILSON PINTO, WAISTLINE ACESSÓRIOS EM COURO LTDA. E JOSE RENATO PINTO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AI 321446
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/04/2012

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Extraordinário, interposto por União, a fls. 250/258, em face de Nilson Pinto e Outro, tirado do v. julgamento proferido nestes autos, aduzindo especificamente a responsabilidade tributária dos sócios a teor do art. 13 da Lei nº 8.620/93.

Contrarrazões ofertadas a fls. 273/283, onde suscitada a preliminar de contrariedade à Súmula nº 279 do C. STF.

É o suficiente relatório.

Nos termos da peça recursal em prisma, constata-se já solucionada a controvérsia central, por meio da Repercussão Geral firmada aos autos do RE 562.276, da Suprema Corte, deste teor:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas ‘as pessoas expressamente designadas por lei’, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores - de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) - pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável

enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O ‘terceiro’ só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que *a contrario sensu*, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC”. (STF, RE 562276 - REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO, Tribunal Pleno, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 03/11/2010, DJe - 027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT nº 187, 2011, p. 186- 193 RT v. 100, nº 907, 2011, p. 428-442).

Logo, tendo aquela Máxima Corte da Nação julgado, em referida Repercussão, de modo desfavorável ao pólo recorrente, prejudicada a via recursal a tanto.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o recurso em questão.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de março de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO(*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

(*) N. E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 N° 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 N° 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de “lavagem” de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA N° 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

“A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários. Comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR”. Juiz Federal Márcio Ferro Catapani	112/4
“Lei Complementar nº 123/2006: o litisconsórcio passivo dos entes públicos nas demandas envolvendo a Lei do Supersimples”. Juiz Federal Fernando Américo de Figueiredo Porto	112/14
“O Tribunal Penal Internacional e o Direito Penal Contemporâneo”. Juíza Federal Adriana Freisleben de Zanetti	112/30

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

ApelReex	0002151-69.1994.4.03.6000	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	112/38
ApelReex	0000005-84.1996.4.03.6000	Desembargadora Federal Ramza Tartuce	112/42
AC	0007626-21.1999.4.03.6100	Desembargador Federal Márcio Moraes	112/48
AC	0009416-06.2000.4.03.6100	Juiz Federal Leonel Ferreira	112/53
AMS	0003379-98.2002.4.03.6000	Desembargador Federal André Nekatschalow	112/57
Ag AC	0001068-69.2010.4.03.6125	Desembargador Federal Fausto De Sanctis	112/61
MS	0013142-03.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Carlos Muta	112/65
AgRg MS	0004214-92.2012.4.03.0000	Desembargadora Federal Diva Malerbi	112/80

DIREITO CIVIL

Ag AC	0024312-25.1998.4.03.6100	Desembargadora Federal Vesna Kolmar	112/93
Ag AI	0036998-59.2011.4.03.0000	Desembargador Federal José Lunardelli	112/100

DIREITO CONSTITUCIONAL

REOMS	0004005-09.2005.4.03.6002	Desembargadora Federal Marli Ferreira	112/105
AMS	0010438-16.2011.4.03.6100	Desembargador Federal Mairan Maia	112/109

DIREITO PENAL

ACr	0009028-92.2003.4.03.6102	Desembargador Federal Nelton dos Santos	112/118
ACr	0006931-42.2004.4.03.6181	Desembargador Federal Antonio Cedenho	112/125
ACr	0008036-70.2009.4.03.6119	Desembargador Federal Cotrim Guimarães	112/130

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

MS	0024923-32.2004.4.03.0000	Desembargador Federal Nelson Bernardes	112/139
AC	0002439-49.2006.4.03.6112	Desembargadora Federal Cecília Marcondes	112/143
Ag AMS	0013859-27.2009.4.03.6183	Desembargadora Federal Marianina Galante	112/149
AC	0001146-84.2010.4.03.6118	Desembargadora Federal Vera Jucovsky	112/154
AC	0000176-47.2011.4.03.6119	Desembargador Federal Baptista Pereira	112/156

AC	0001844-55.2011.4.03.6183	Desembargadora Federal Marisa Santos	112/166
Ag AC	0003713-51.2011.4.03.9999	Desembargador Federal Paulo Fontes	112/189
Ag AC	0027993-86.2011.4.03.9999	Desembargador Federal Sérgio Nascimento	112/194
Ag AC	0028898-91.2011.4.03.9999	Juiz Federal Nino Toldo	112/197

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ag AC	0009815-23.2005.4.03.6112	Juiz Federal Paulo Domingues	112/205
EDclApelReex	0024190-71.2006.4.03.9999	Desembargador Federal Roberto Haddad	112/210
Ag AC	0009060-36.2009.4.03.6119	Desembargadora Federal Cecilia Mello	112/213
AgRg AR	0004267-44.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Daldice Santana	112/220
AgRg AI	0013204-43.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Walter do Amaral	112/222
EDcl AC	0046248-29.2010.4.03.9999	Desembargadora Federal Lucia Ursaia	112/228
AI	0016588-77.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Nery Júnior	112/233
AI	0017057-26.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Peixoto Junior	112/239
AI	0018977-35.2011.4.03.0000	Juíza Federal Raquel Perrini	112/245
AI	0034892-27.2011.4.03.0000	Juiz Federal David Diniz	112/248
SuExSe	0000072-45.2012.4.03.0000	Desembargador Federal Newton De Lucca	112/252

DIREITO PROCESSUAL PENAL

HC	0002253-19.2012.4.03.0000	Desembargador Federal Luiz Stefanini	112/257
HC	0007035-69.2012.4.03.0000	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	112/263

DIREITO TRIBUTÁRIO

REO	0040182-81.1996.4.03.6100	Desembargadora Federal Alda Basto	112/272
EDcl AMS	0038767-92.1998.4.03.6100	Juiz Federal Erik Gramstrup	112/276
Ag ApelReex	0014411-91.2002.4.03.6100	Juíza Federal Silvia Rocha	112/282
AC	0000397-79.2004.4.03.6182	Desembargadora Federal Regina Costa	112/292
RE AI	0103403-19.2007.4.03.0000	Desembargadora Federal Salette Nascimento	112/300

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO

Súmulas nºs 01 a 35	112/303
---------------------	---------

ANALÍTICO-REMISSIVO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

- “A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários. Comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR”. Juiz Federal Márcio Ferro Catapani ... 112/4
- “Lei Complementar nº 123/2006: o litisconsórcio passivo dos entes públicos nas demandas envolvendo a Lei do Supersimples”. Juiz Federal Fernando Américo de Figueiredo Porto 112/14
- “O Tribunal Penal Internacional e o Direito Penal Contemporâneo”. Juíza Federal Adriana Freisleben de Zanetti 112/30

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Contrato de obra pública. Pagamento efetuado com atraso. Correção monetária. Incidência mesmo nos contratos celebrados sem previsão. Juros de mora. Incidência. ApelReex 0002151-69.1994.4.03.6000, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 112/38
- Policial militar. Participação em missão de paz no exterior. União Federal. Legitimidade passiva. Lei nº 5.809/72. Aplicabilidade. Recursos parcialmente providos. Remessa oficial parcialmente provida. ApelReex 0000005-84.1996.4.03.6000, Desembargadora Federal Ramza Tartuce 112/42
- Cerceamento de defesa não configurado. Apreensão de moeda estrangeira. Art. 65, § 3º, da Lei nº 9.069/1995. Perda de valores excedentes a R\$ 10.000,00. Cabimento. AC 0007626-21.1999.4.03.6100, Desembargador Federal Márcio Moraes 112/48
- Militar. Operações de fronteira. Acidente. Agravamento de quadro psiquiátrico sob situação de extremo estresse. Reforma. AC 0009416-06.2000.4.03.6100, Juiz Federal Leonel Ferreira 112/53
- Servidor. Nomeação feita por força de liminar em Mandado de Segurança. Posterior revogação por sentença denegatória. Aposentadoria obtida durante tal lapso temporal. Anulação. Inadmissibilidade. AMS 0003379-98.2002.4.03.6000, Desembargador Federal André Nekatschalow 112/57
- Ação Civil Pública. Agravo Legal. Artigo 557, § 1º, do CPC. Fiscalização da aplicação dos recursos do PAS. Art. 36 da Lei nº 4.870/1965. Hipótese de atuação vinculada da Administração, em que não havia margem para análise de conveniência e oportunidade. Inocorrência de violação ao princípio da separação de poderes. Ag AC 0001068-69.2010.4.03.6125, Desembargador Federal Fausto De Sanctis 112/61
- Mandado de Segurança. Servidor federal inativo. Transtorno bipolar de humor. Aposentadoria por invalidez permanente com proventos proporcionais. Alegação de quadro de alienação mental. Integralização dos proventos. Emenda Constitucional nº 41/03. Preliminar de ilegitimidade passiva e mérito. MS 0013142-03.2010.4.03.0000, Desembargador Federal Carlos Muta 112/65

- Mandado de Segurança. Concurso público. Reexame, pelo Poder Judiciário, dos critérios de correção das questões da prova objetiva. Impossibilidade. Ausência da liquidez e certeza do direito. Liminar indeferida. Precedentes. Agravo desprovido. AgRg MS 0004214-92.2012.4.03.0000, Desembargadora Federal Diva Malerbi 112/80

DIREITO CIVIL

- Agravo Legal. Prova pericial indireta indeferida. Ausência de cerceamento de defesa. Matéria de direito. Penhor. Jóias. Furto. Responsabilidade civil objetiva. Caixa Econômica Federal. Cláusula limitadora de indenização. Legalidade. Abusividade não configurada. Avaliação. Possibilidade de discussão. “Pacta sunt servanda”. Inexistência de dano material ou moral. Ag AC 0024312-25.1998.4.03.6100, Desembargadora Federal Vesna Kolmar 112/93

- Agravo Legal. Decisão monocrática. CPC, art. 557. Locação. Prazo para desocupação de imóvel. Denúncia vazia. Instituição bancária. Não incidência do art. 63, § 3º, da Lei nº 8.245/91. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. Ag AI 0036998-59.2011.4.03.0000, Desembargador Federal José Lunardelli 112/100

DIREITO CONSTITUCIONAL

- Mandado de Segurança. Concurso público. Exigência de estado civil. Descabida. REOMS 0004005-09.2005.4.03.6002, Desembargadora Federal Marli Ferreira 112/105

- Inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Idoneidade moral. Presunção de inocência. AMS 0010438-16.2011.4.03.6100, Desembargador Federal Mairan Maia 112/109

DIREITO PENAL

- Extração de diamantes. Ausência de autorizações legais. Crime ambiental e crime de usurpação do patrimônio da União. Leis nº 9.605/1998 e nº 8.176/1991. Concurso formal impróprio. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Condenação mantida. Dosimetria da pena. Maus antecedentes. Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça. Recursos providos em parte. ACr 0009028-92.2003.4.03.6102, Desembargador Federal Nelton dos Santos 112/118

- Apelação Criminal. Estelionato. Fraude no pagamento por meio de cheque. Autoria e materialidade comprovada. Dosimetria da pena. Causa de aumento. Art. 171, § 3º do CP. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. ACr 0006931-42.2004.4.03.6181, Desembargador Federal Antonio Cedenho 112/125

- Apelação Criminal. Uso de documento público falso. Passaporte autêntico com visto consular falso. Arts. 297 e 304 do Código Penal. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Tipicidade. Elemento subjetivo. Ausência de dolo. Absolvição. ACr 0008036-70.2009.4.03.6119, Desembargador Federal Cotrim Guimarães 112/130

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

- Mandado de Segurança. Ato judicial. Juizado Especial Estadual. Limitação da competência delegada. Lei nº 9.099/95. Fazenda Pública. Inaplicabilidade. Lei nº 10.259/01. Rito. Vedação. Incompetência do Juizado Especial Cível. Nulidade da sentença proferida pela autoridade coatora. MS 0024923-32.2004.4.03.0000, Desembargador Federal Nelson Bernardes 112/139
- Ação Ordinária. INSS. Benefício assistencial. Suspensão. Morte do segurado. Nexa causal. Dano moral. Indenização. AC 0002439-49.2006.4.03.6112, Desembargadora Federal Cecília Marcondes 112/143
- Agravo Legal em Embargos de Declaração. Mandado de Segurança. Restabelecimento de benefício de auxílio-doença acidentário. Ausência de direito líquido e certo. Decisão fundamentada. Ag AMS 0013859-27.2009.4.03.6183, Desembargadora Federal Marianina Galante 112/149
- Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Ausência de fundamento. Apelação da parte autora provida. AC 0001146-84.2010.4.03.6118, Desembargadora Federal Vera Jucovsky 112/154
- Desaposentação. Reversão de aposentadoria para obtenção de outra mais benéfica. Renúncia. Possibilidade. Art. 181-B do Decreto nº 3.048/99. Art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Enriquecimento ilícito. Equilíbrio financeiro e atuarial. Contrapartida. Natureza alimentar. Devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria a que se renunciou. Desnecessidade. Diferenças a partir da citação. Juros de mora e correção monetária. Recurso provido. AC 0000176-47.2011.4.03.6119, Desembargador Federal Baptista Pereira 112/156
- Desaposentação. Pedidos alternativos. Art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Alegação de constitucionalidade rejeitada. Aproveitamento do período contributivo posterior à aposentadoria para elevar o valor do benefício. Impossibilidade. Renúncia à aposentadoria integral. Aproveitamento apenas do período contributivo posterior à aposentadoria integral para fins de aposentadoria por idade. Carência cumprida. Aposentadoria por idade concedida. AC 0001844-55.2011.4.03.6183, Desembargadora Federal Marisa Santos 112/166
- Benefício assistencial. Artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03. Possibilidade. ADIN 1232. Miserabilidade comprovada. Agravo Legal provido. Ag AC 0003713-51.2011.4.03.9999, Desembargador Federal Paulo Fontes 112/189
- Agravo. Art. 557, § 1º, do CPC. Pensão por morte. Filha inválida. Incapacidade para o labor. Comprovação. Emancipação. Casamento. Manutenção da invalidez. Condição de dependente configurada. Ag AC 0027993-86.2011.4.03.9999, Desembargador Federal Sérgio Nascimento 112/194
- Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Aposentadoria por idade rural. Rediscussão da matéria já decidida. Impossibilidade. Decisão agravada mantida. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Inexistência de violação à cláusula de reserva de Plenário. Ag AC 0028898-91.2011.4.03.9999, Juiz Federal Nino Toldo 112/197

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- Agravo Legal. Aplicação do art. 557, do Código de Processo Civil. Dispensário de medicamentos. Responsável técnico farmacêutico. Desnecessidade. Precedentes do STJ e desta Corte. Ag AC 0009815-23.2005.4.03.6112, Juiz Federal Paulo Domingues..... 112/205
- Embargos de Declaração. Omissão ou contradição não existentes. Caráter infringente. Impossibilidade. Prequestionamento. Voto vencido. EDcl ApelReex 0024190-71.2006.4.03.9999, Desembargador Federal Roberto Haddad 112/210
- Agravo Legal. Artigo 557 do CPC. Decisão terminativa. Liberação de valores depositados em conta vinculada ao FGTS por meio de procurador. Art. 20, § 18, da Lei nº 8.036/90. Ag AC 0009060-36.2009.4.03.6119, Desembargadora Federal Cecília Mello 112/213
- Agravo Regimental. Ação Rescisória. Decisão interlocutória. Ré portadora de distúrbio mental. Nulidade da citação efetivada em seu nome. AgRg AR 0004267-44.2010.4.03.0000, Desembargadora Federal Daldice Santana 112/220
- Mandado de Segurança. Agravo. Aplicação do artigo 557 do CPC. Reconhecimento da sentença arbitral para a concessão do seguro-desemprego. Possibilidade. AgRg AI 0013204-43.2010.4.03.0000, Desembargador Federal Walter do Amaral 112/222
- Embargos de Declaração. Pensão por morte. Registro na CTPS da data da rescisão do contrato de trabalho. Ausência de registros da situação de desemprego no órgão do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Ausência de prova complementar para comprovar a condição de desempregado. Embargos de Declaração acolhidos, com efeito infringente. EDcl AC 0046248-29.2010.4.03.9999, Desembargadora Federal Lucia Ursaia 112/228
- Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Prescrição intercorrente para o redirecionamento. Inocorrência. Legitimidade passiva. Art. 135, III, CTN. Poderes de gestão. Não comprovação. Ônus do executado. Prescrição material. Art. 174, CTN. Data do vencimento. Propositura da Execução Fiscal. Súmula 106/STJ. Ocorrência. Recurso parcialmente provido. AI 0016588-77.2011.4.03.0000, Desembargador Federal Nery Júnior..... 112/233
- Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Penhora “on line” de ativos financeiros. Lei nº 11.382/2006. AI 0017057-26.2011.4.03.0000, Desembargador Federal Peixoto Junior 112/239
- Execução. Dedução de honorários advocatícios contratuais nos autos. Possibilidade. Artigo 22, § 4º, do Estatuto da Advocacia. AI 0018977-35.2011.4.03.0000, Juíza Federal Raquel Perrini 112/245
- Agravo. Artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil. Inclusão de sócio no pólo passivo da execução. Dissolução irregular da pessoa jurídica. Não ocorrência. Diligências não realizadas no último endereço registrado na junta comercial. AI 0034892-27.2011.4.03.0000, Juiz Federal David Diniz 112/248
- Agravo. Suspensão da Sentença. Reintegração de posse da área integral da propriedade rural “Fazenda Remanso Guaçu”, ocupada por índios guarani. SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000, Desembargador Federal Newton De Lucca 112/252

DIREITO PROCESSUAL PENAL

- “Habeas Corpus”. Transferência do paciente à penitenciária de segurança máxima de Campo Grande/MS. Alta periculosidade do agente, integrante de organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas na região da fronteira Brasil/Bolívia. Cumprimento da Lei nº 11.671/2008 e do Decreto nº 6.877/2009. Ordem denegada. Agravo Regimental prejudicado. HC 0002253-19.2012.4.03.0000, Desembargador Federal Luiz Stefanini 112/257
- “Habeas Corpus”. CP, art. 121, § 2º, III. “Mandamus” impetrado contra a manutenção da prisão preventiva. Paciente em situação de fuga da justiça (refugiado no Paraguai), suposto integrante de quadrilha de contrabando de cigarros, que estaria envolvido com homicídio. Ausência de provas consistente de que se encontra em situação regular no Paraguai (domicílio certo e emprego lícito). Presença dos requisitos e pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Coação ilegal inexistente. Ordem denegada. HC 0007035-69.2012.4.03.0000, Desembargador Federal Johonsom di Salvo 112/263

DIREITO TRIBUTÁRIO

- Aduaneiro. Multa pelo não cumprimento de obrigação acessória. Imposto de Importação. Mercadorias roubadas. Descabida a responsabilidade do transportador. Força maior. Honorários advocatícios. REO 0040182-81.1996.4.03.6100, Desembargadora Federal Alda Basto 112/272
- Embargos de Declaração. Alegação de omissão e contradição. Existência. Correção. Possibilidade. Parcelamento do débito. Exclusão do nome do contribuinte do CADIN. EDcl AMS 0038767-92.1998.4.03.6100, Juiz Federal Erik Gramstrup 112/276
- Contribuição Previdenciária. Cursos de idiomas pagos aos empregados. Não incidência. Honorários. Razoabilidade do percentual fixado. Decisão monocrática. Agravo Legal. Ag ApelReex 0014411-91.2002.4.03.6100, Juíza Federal Silvia Rocha 112/282
- Embargos à Execução Fiscal. INMETRO. Refrigerante “post-mix”. Comercialização em volume inferior ao conteúdo nominal. Adição de gelo. Honorários advocatícios. AC 0000397-79.2004.4.03.6182, Desembargadora Federal Regina Costa 112/292
- Recurso Extraordinário. Responsabilidade tributária. Normas gerais de direito tributário. Art. 146, III, da CF. Art. 135, III, do CTN. Sócios de sociedade limitada. Art. 13 da Lei nº 8.620/93. Inconstitucionalidades formal e material. Repercussão geral. Aplicação da decisão pelos demais tribunais. RE AI 0103403-19.2007.4.03.0000, Desembargadora Federal Salette Nascimento 112/300

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO

- Súmulas nºs 01 a 35 112/303

Expediente

A Revista do TRF 3ª Região é uma publicação oficial.

DIRETOR DA REVISTA

Antonio Cedenho
Desembargador Federal

ASSESSOR

Wladimir Rodrigues

EQUIPE

Lucia Massako Y. C. Rosa
Mônica Maria Meloni Sícoli
Rafael Leal Ferreira
Renata Bataglia Garcia
Simone de Alcântara Savazzoni

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⁾

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente⁽²⁾
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente⁽³⁾
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-Regional⁽⁴⁾
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95⁽⁵⁾
SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/1/2011
PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

(1) Composição do TRF 3ª Região atualizada até 21/05/2012.

(2) Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.

(3) Não integra as Turmas. Preside as Seções.

(4) Não integra as Turmas.

(5) Ouvidor-Geral da 3ª Região.